

# VU Research Portal

## Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

Huisman, Pim; Neerhof, A.R.; van Ommeren, F.J.

2019

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Huisman, P., Neerhof, A. R., & van Ommeren, F. J. (2019). *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap: Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*. Instituut voor Bouwrecht.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

1<sup>e</sup> druk  
ISBN 978-94-6315-045-3  
NUR 820-823

© 2019, Stichting Instituut voor Bouwrecht, 's-Gravenhage

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

# **Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap**

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:  
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman  
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof  
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019



Prof. mr. J. (Jan) Struiksma

# Voorwoord

Na een loopbaan in de juridische praktijk is Jan Struiksma in 1990 in dienst getreden bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit, om daar niet meer weg te gaan. Jan werd na verloop van tijd bijzonder hoogleraar ruimtelijk bestuursrecht en daarna gewoon hoogleraar bestuursrecht. Nu neemt hij afscheid en gaat hij met emeritaat. Jan is van enorm grote betekenis geweest, niet alleen voor de rechtenfaculteit, maar ook daarbuiten. Bovenal is hij een fijne collega die voor iedereen klaarstaat. Zijn afscheid is hem uiteraard van harte gegund, maar - eerlijk is eerlijk - voor ons een groot gemis.

In het wetenschappelijke onderwijs heeft Jan verschillende rollen vervuld. Hij heeft aan de VU diverse bestuursrechtelijke en omgevingsrechtelijke vakken in het initiële en postacademisch onderwijs verzorgd, dat laatste overigens ook voor de Stichting Studiecentrum Rechtspleging (SSR), de Grotius Academie en het Instituut voor Bouwrecht. Hij heeft niet alleen bijgedragen aan de ontwikkeling van deze vakken, maar heeft tevens een belangrijke bijdrage geleverd aan de vormgeving van het curriculum van de rechtenopleiding, zoals dat tot op heden in elkaar steekt. Jans invloed en visie is dan ook duidelijk merkbaar in het rechtenonderwijs aan de VU.

Op het terrein van het rechtswetenschappelijke onderzoek heeft Jan zich eveneens zeer laten gelden, door zijn gezaghebbende publicaties op het terrein van het omgevingsrecht én de methodologie van rechtswetenschap. In publicaties met vlijmscherpe analyses, waarin geen woord te veel staat, en met een kritische blik heeft hij de ontwikkelingen in het positieve recht gevolgd. Daar blijft het echter niet bij. Jan heeft ook uitvoerig nagedacht over de algemene vraag wat het wetenschappelijke karakter is van juridisch onderzoek en daaraan in zijn publicaties ter zake meer dan zijn steentje bijgedragen.<sup>1</sup> Voor het onderzoek van anderen heeft Jan ook zeer veel betekend. Informeel als vraagbaak en vertrouwenspersoon voor jonge onderzoekers, niet alleen van de afdeling Staats- en bestuursrecht, ook van daarbuiten. Formeel als promotor, hetgeen is uitgemond in een aantal zeer mooie en belangwekkende promoties.<sup>2</sup>

Jan heeft daarnaast talloze nevenfuncties vervuld. Het is eigenlijk te veel om op te noemen, reden waarom hier wordt volstaan met een korte impressie. Binnen de universiteit is hij lid geweest van het faculteitsbestuur, voorzitter van de Examencommissie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en plaatsvervangend voorzitter van het College van Beroep voor Examens (Cobex). Bovendien heeft hij een dikke stempel gedrukt op de behandeling van klachten over integriteit als voorzitter van de universitaire Commissie Wetenschappelijke Integriteit (CWI). Deze laatste functie zal Jan overigens na zijn emeritaat voortzetten. Buiten de universiteit kennen velen hem als de gezichtsbepalende voorzitter van het Instituut voor Bouwrecht. Voorts heeft Jan jarenlang met zijn voeten

---

1     Achterin deze vriendenbundel is een bibliografie van het werk van Jan opgenomen.

2     Zie uitvoeriger het overzicht van promoti, opgenomen aan het slot van deze bundel.

in de rechtspraktijk gestaan, onder meer als rechter-plaatsvervanger in de rechtbanken Alkmaar, Amsterdam en Utrecht.

Jan staat voor iedereen klaar om te luisteren, te adviseren en scherpzinnig te relativieren al dan niet met een overdonderend bulderende lach, altijd met oprechte interesse en genegenheid. Het zijn deze kwaliteiten die maken dat Jan niet alleen om zijn inhoudelijk sterke capaciteiten zeer geliefd is, maar ook als collega en vriend.

De werkzaamheden van Jan zijn, zoals uit het voorgaande blijkt, zeer divers van aard en toch duidelijk met elkaar verbonden. De in deze vriendenbundel opgenomen bijdragen voor Jan bestrijken zijn gehele imposante werkterrein. Daarom luidt de titel van deze bundel: '*Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*'. De titel bevat niet alleen een knipoog naar Jans dissertatie,<sup>3</sup> maar brengt ook daadwerkelijk de thema's van deze bundel met elkaar in verband.

De bijdragen in deze bundel zijn verdeeld over vier delen. Deze delen reflecteren de werkzaamheden van Jan:

- I. De universiteit van binnenuit: examencommissie, Cobex, wetenschappelijke integriteit etc.
- II. Methodologie van juridisch onderzoek en onderwijs
- III. Algemeen bestuursrecht en bestuursprocesrecht
- IV. Omgevingsrecht en bouwrecht

Deel I start met bijdragen waarin de universiteit van binnenuit wordt belicht. Hierbij gaat uiteraard aandacht uit naar de examencommissie, Cobex en wetenschappelijke integriteit. In deze bundel zijn hoofdzakelijk wetenschappelijke bijdragen opgenomen, maar in dit eerste deel is tevens uitdrukkelijk de ruimte voor informele, amicale stukken ingeruimd. Het *etcetera* van de titel van dit deel moet dus letterlijk worden genomen: het gaat niet alleen om de genoemde gremia, maar ook om de sfeer binnen de universiteit, faculteit en afdeling Staats- en bestuursrecht en de manier waarop Jan daarop zijn eigen stempel drukte.

Vervolgens komt in deel II de methodologie van juridisch onderzoek en onderwijs aan bod. Jan heeft, als gezegd, de grenzen opgezocht door diep na te denken over de aard van het rechtswetenschappelijk onderzoek en onderwijs, waarvan zijn boek '*Het geschil als spel*' (2012) de meest in het oog springende getuige is. Het verwondert dan ook niet dat Jans werk een inspiratieve en vruchtbare bodem is voor bijdragen in deze bundel waarin verder wordt doorgedacht over deze belangrijke thematiek.

Het daaropvolgende deel, deel III, bevat bijdragen op het gebied van het algemene bestuursrecht en het bestuursprocesrecht. Jan heeft als hoogleraar meerdere promovendi op dit terrein begeleid en ook zijn (post)academische onderwijs richtte zich hier voor een belangrijk deel op. Thema's die Jans bijzondere interesse hebben, zoals het bewijsrecht in het bestuursrecht, de toetsing van besluiten door de bestuursrechter en geautomatiseerde besluitvorming, hebben vanzelfsprekend in dit deel hun plek gekregen.

---

3 *Verwant zonder verband: de coördinatie van de bouw- en milieuvergunning* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.

Deel IV, het laatste deel, gaat over het omgevingsrecht en het bouwrecht. Het behoeft geen nadere uitleg dat dit behoorde tot de kern van Jans werkzaamheden. Dit deel is dan ook veruit het omvangrijkste. De verschillende, elkaar in rap tempo opvolgende ontwikkelingen op het terrein van het omgevingsrecht volgde hij met kritische en oprecht bezorgde blik. De bijdragen in dit deel laten belangrijke ontwikkelingen op dit rechtsgebied zien en de invloed die Jan daarop uitoefende. Belangrijke thema's waar Jan zich mee bezig heeft gehouden komen aan bod, waaronder nut en noodzaak van een Omgevingswet, de invloed van het Unierecht op het ruimtelijke ordeningsrecht en de verdeling van schaarse rechten in de ruimtelijke ordening.

Jan is een collega waarop wij beretrots zijn. Dit gevoel wordt breed gedeeld, hetgeen blijkt uit deze vriendenbundel, waarin 62 auteurs met verschillende achtergronden hebben geschreven aan 52 bijdragen. Deze bundel is mede tot stand gekomen met steun van het Instituut voor Bouwrecht, waarvoor wij het zeer graag dank zeggen. Wij zijn alle auteurs zeer erkentelijk voor hun mooie, diepgravende en persoonlijke bijdragen die zij voor Jan hebben geschreven. Dit boek is een cadeau voor Jan, een cadeau dat een mooie afspiegeling vormt van datgene wat hij ons jarenlang heeft gegeven.

Amsterdam, juli 2019

Pim Huisman

Richard Neerhof

Frank van Ommeren





# Inhoudsopgave

Voorwoord	v
<b>Deel I      De universiteit van binnenuit: examencommissie, Cobex, wetenschappelijke integriteit etc.</b>	
Jan Struiksma: systemen en terzijdes <i>Prof. mr. H. (Hemme) Battjes</i>	3
Handicap of chronische ziekte en het (negatief) bindend studieadvies <i>Mr. dr. L. (Lucy) van den Berg</i>	7
A trip down memory lane: over negatieve bewegwijzering, Nijmeegse kleiduiven en een zongebruind lijf <i>Mr. dr. A.B. (Aletta) Blomberg &amp; prof. mr. M.J. (Rianne) Jacobs</i>	21
Het College van Beroep voor de Examens van de Vrije Universiteit. Een kijkje in de keuken <i>Drs. A.M. (Alma) van Donk</i>	27
Jan, voorzitter van de examencommissie <i>A.M. (Anneke) de Laaf &amp; R. (Rianne) van Empelen MSc</i>	37
Verwant in een zeker verband <i>Prof. mr. drs. F.C.M.A. (Lex) Michiels</i>	41
De logica van Jan Struiksma <i>Prof. dr. J. (Jan) van Mill</i>	45
De meest absurde grens van Europa? <i>Prof. mr. S.A.J. (Solke) Munneke</i>	47
Het College van Beroep voor de Examens vanuit bestuursrechtelijk perspectief <i>Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren</i>	57
Het ene effect is het andere niet. Enkele onderwijskundige observaties bij het debat over het 'civiel effect' van universitaire juridische opleidingen <i>Prof. dr. R. (Renée) van Schoonhoven</i>	69
Een gouden voorzitter <i>Drs. F. (Fieke) Smitskamp</i>	79
HOVO en andere ontmoetingen <i>Prof. dr. H.A. (Herman) Verhoef</i>	81

Rechtsbescherming inzake beoordelingsbeslissingen in het universitair onderwijs. Over besluiten, 'kennen en kunnen' en terughoudende toetsing <i>Prof. mr. drs. B.P. (Ben) Vermeulen</i>	83
Wetenschappelijke integriteit en deugdzzaamheid <i>Prof. dr. G.A.M. (Guy) Widdershoven</i>	95

## **Deel II      Methodologie van juridisch onderzoek en onderwijs**

Normatieve uitspraken in de rechtswetenschap: ook maar meningen? <i>Mr. dr. L.C. (Lisanne) Groen &amp; prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof</i>	107
Enkele methodologische aspecten van internationaal vergelijkend omgevingsrechtelijk onderzoek <i>Mr. dr. F.A.M. (Fred) Hobma</i>	123
Contaminatie van de empirische cyclus <i>Prof. dr. G.J. (Don) Mellenbergh</i>	135
Omtrent kwaliteitsindicatoren van publicaties <i>Mr. dr. L.J.A. (Rens) Pieterse</i>	141
De laatste stelling van Struiksma: over juridisch cyclisme <i>Prof. mr. C.J. (Johan) Wolswinkel</i>	149
Iets over rechtsgeleerd onderwijs <i>Prof. mr. S.E. (Sjoerd) Zijlstra</i>	161

## **Deel III      Algemeen bestuursrecht en bestuursprocesrecht**

Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van 'black box'-besluiten door de bestuursrechter <i>Mr. N.H. (Heleen) van Amerongen &amp; prof. mr. Y.E. (Ymre) Schuurmans</i>	175
De empirische cyclus van Struiksma in het vreemdelingenrecht <i>Mr. dr. K.E. (Karen) Geertsema &amp; prof. mr. T.P. (Thomas) Spijkerboer</i>	197
Beroep van rechtswege, bekrachtigingsverzoek of onzin? Awb-besluiten waarover de bestuursrechter altijd moet oordelen <i>Prof. mr. K.J. (Kars) de Graaf</i>	205
De toenemende betekenis van de erkenning van grondrechten als deel van het Unierecht <i>Prof. dr. J.W. (Jan Willem) Sap</i>	217
Aanpak van toeristische verhuur. Over leefbaarheid en legaliteit <i>Prof. mr. A.E. (Jon) Schilder</i>	229
Procederen tegen NWO. Gelijke behandeling in het bestuursrecht (m/v) <i>Mr. dr. K.M. (Karin) de Vries</i>	241

## Deel IV    Omgevingsrecht en bouwrecht

Europese kaders voor het reguleren van detailhandel. De hypothese van Jan getoetst <i>Mr. dr. M.R. (Marleen) Botman</i>	253
De positie van de gemeenteraad bij gebiedsontwikkeling <i>Prof. dr. ir. A.G. (Arjan) Bregman</i>	265
Digitalisering in het Bouwrecht: een verkennende vergelijking tussen BIM en het DSO <i>Mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman</i>	279
De verdere evolutie van de New Engineering Contract: Engineering and Construction Contract (NEC4 ECC). Inspiratie voor de Nederlandse bouwpraktijk <i>Mr. A.M.B. (Andrea) Chao</i>	291
Bouwen toen en nu. De eeuwige zoektocht naar de juiste verhoudingen tussen opdrachtgever en opdrachtnemers <i>Prof. mr. M.A.B. (Monika) Chao-Duivis</i>	299
Klimaatverandering vergt schaarse vergunningen. Kunnen schaarse vergunningen het omgevingsrecht beter equiperen om klimaatverandering tegen te gaan? <i>Mr. dr. M.A.M. (Marjolein) Dieperink &amp; mr. dr. L.A.J. (Jochem) Spaans</i>	311
De Noordzee als wingebied voor windenergie <i>Mr. A. Ch. (Arnoud) Fortgens</i>	325
De Superwabo <i>Mr. H.A.J. (Henk) Gierveld</i>	337
Na 55 jaar (?) 'goede ruimtelijke ordening' naar 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties': oude wijn in nieuwe zakken? <i>Mr. dr. F.A.G. (Frank) Groothuijse &amp; mr. dr. H.J. (Henk) de Vries</i>	351
De ontheffingsbevoegdheid ex artikel 4.1a Wro, het Unierecht en de Dienstenrichtlijn <i>Mr. G.H.J. (Gijs) Heutink</i>	375
De binding aan bevoegdhedenovereenkomsten in het ruimtelijke ordeningsrecht <i>Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman</i>	391
Over de regeling van vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen in de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005 <i>Prof. mr. C.E.C. (Chris) Jansen</i>	403
Het omgevingsplan en energietransitie in de gebouwde omgeving. Maatpak of confectie? <i>Mr. J.J. (Jacco) Karens</i>	415

Onzekerheid over rechtszekerheid. De veranderde verhouding tussen plan en vergunning onder de Omgevingswet <i>Mr. dr. D. (Daan) Korsse</i>	429
De algemene zorgplicht van artikel 1a Woningwet. Nu en onder de Omgevingswet <i>Mr. H.C.W.M. (Eric) Moesker</i>	441
Beleidsregels horen in een omgevingsplan niet thuis <i>Prof. mr. A.G.A. (Tonny) Nijmeijer</i>	457
Knippen en plakken met de omgevingsvergunning <i>Mr. dr. ing. Th. (Dick) Peters</i>	471
Juliette in de Open Stad <i>Prof. mr. H.D. (Hendrik) Ploeger &amp; dr. ir. B. (Bastiaan) van Loenen</i>	483
Hoe maken we Nederlandse steden regenbestendig? Klimaatbeleid in Amsterdam, Rotterdam en Utrecht <i>Prof. mr. H.F.M.W. (Marleen) van Rijswijk, dr. L. (Liping) Dai &amp; R. (Rebecca) Wörner LL.M</i>	493
De mogelijkheid van zonering en gebiedsgerichte gedragsregulering onder de Gemeentewet en de Omgevingswet. Van bierfietsen tot Nutella-shops <i>Mr. dr. A.E. (Mandy) van Rooij</i>	515
De bestuursrechter en de afwegingsruimte in het nieuwe omgevingsrecht <i>Prof. mr. B.J. (Ben) Schueler</i>	527
De dwarse snijdertjes, of het vergeten verhaal van de muur van Oostmeijer en de schutting van Went <i>Prof. mr. J.A.M.A. (Jacques) Sluysmans</i>	537
Artikel 23.7 Omgevingswet en het privaatrecht <i>Prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen</i>	549
Gedooftplichten in de Omgevingswet <i>Prof. mr. A.A. (Aert) van Velten</i>	557
Grensoverschrijdende ondergrondse kabels en leidingen <i>Prof. mr. P. (Paul) Vlas</i>	563
‘Land van duizend meningen’ Over publieksparticipatie in de Omgevingswet <i>Mr. A.G.J. (Arent) van Wassenauer</i>	571
Over de auteurs	583
Bibliografie van Jan Struiksma	591
Promoti van Jan Struiksma	596

# **Deel I**

**De universiteit van binnenuit: examencommissie,  
Cobex, wetenschappelijke integriteit etc.**



# Jan Struiksma: systemen en terzijdes

*Prof. mr. H. (Hemme) Battjes*

Halverwege de jaren negentig zat ik achter een balie om vragen over planologie te beantwoorden. Ik werkte als voorlichter bij de dienst Ruimtelijke Ordening van Amsterdam. In de praktijk kreeg ik nooit vragen over planologie. Onze bezoekers wilden doorgaans weten waar nog premiekoopwoningen gebouwd werden (nergens), of ze wilden een opinie delen met de overheid (zoals de man die me over de balie trok vanwege een wijziging in de vertrektijden van de pont). Verder moest ik teksten schrijven over bouwprojecten, altijd optimistisch getoonzet en in de vergrotende trap (ruimer, groener, beter). De stad was namelijk al ruim, groen en goed. Vakkennis was niet vereist, dubbelzinnigheid te meer. Zo had de gemeente in de aanloop naar het referendum over de aanleg van IJburg steeds de goede bereikbaarheid per metro benadrukt. Al gauw werd dat afgezwakt tot 'sneltram' omdat er hier en daar gelijkvloerse kruisingen nodig waren. Toen bleek dat de tram soms ook nog de weg met de auto moest delen, was het zaak die sneltram zo onopvallend mogelijk te laten verdwijnen - en zo verscheen de 'snelle tram' in het beleidsproza. Ik was dus handelaar in dubbelzinnigheid en dat beviel me maar matig.

Des te beter dat ik een opdracht kreeg waarbij ik voor eenduidigheid mocht zorgen. Er werkten destijds in en rond de Stopera veel kloofdenkers, ambtenaren die een kloof tussen burgers en gemeente meenden te zien en alles in het werk stelden die te overbruggen. Daarom ging aan elk plan en project een uitgebreide serie voorlichting-, uitleg- en inspraakbijeenkomsten vooraf. Voordeel was dat je nooit veel mensen tegelijk in de zaal had, nadeel was een zekere verwarring. Soms was aanwezigheid vereist om later bezwaar te kunnen maken, maar bij welke bijeenkomst er dan precies aanwezigheidsplicht gold, dat wist niemand. Aan mij dus de taak daar een folder over te schrijven. In de bibliotheek vond ik 'Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht', van ene Jan Struiksma, de eerste juridische tekst die ik las. Ik was direct verkocht. Het boek maakte zijn titel volledig waar: ruimtelijke nota's, bestemmingsplannen, bouwvergunningen en al die andere dingen waarover ik moest voorlichten bleken geen willekeurige verzameling incidenten maar een zinvol geheel te vormen. Het waren onderdelen van een systeem, dat anders dan ik verwacht had niet alleen werkte met wetmatigheden maar ook voorzag in praktische afwijkingen. Een mooi voorbeeld daarvan was de toverformule - de vrijstelling van een bestemming als die praktisch niet meer mogelijk is. De benadering van het boek werd samengevat in de afbeelding op de voorkant: de ideale stad van Simon Stevin. Die stad is een geheel doordacht, logisch systeem. Het ideale karakter volgt uit de afwezigheid van concessies aan krommingen in een rivier en glooiingen in het terrein en dergelijke. Toch is er één concessie aan de realiteit: naast de gewone bruggen over de singelgracht is bovenaan, achter het 'vorstelijk huis' (de witte vlek midden-boven) een





dus ook bij Bestuursprocesrecht. Maar volgens Jan was parate kennis niet relevant, en nog minder dat die wet administratief beroep voorschreef. Waar het wel om ging, was te begrijpen waarom het systeem van het procesrecht in elkaar zat zoals het deed.

Ook toen ik zelf docent werd, had ik veel aan Jan. Hij liet bijvoorbeeld zien dat je je onderwijs heel anders kon vormgeven dan we gewend waren (boek, hoorcollege, werkgroep, tentamen). Al een jaar of vijftien geleden beperkte hij, ik meen bij Beginselen bestuursrecht, de hoorcolleges tot uitleg hoe je moest studeren. In de werkgroepen werden geen thuis gemaakte opgaven besproken, maar casus die ter plekke werden uitgedeeld. Dat kon, omdat bij de syllabus een CD-Rom zat waarop hij de hoorcollegestof behandelde. Jan is dus welbeschouwd de uitvinder van de kennisclip en wel vele jaren voordat we met een digitale leeromgeving gingen werken. Belangrijker nog, hij liet zien hoe een aanpassing in een vak moet samenhangen met alle onderdelen ervan en vooral, met wat je met het vak beoogt.

De hele faculteit heeft bijzonder veel te danken aan Jan als voorzitter van de Examencommissie. Ook hierbij heeft hij heel wat vernieuwingen verzonnen, zoals de *tool* waarmee ook een docent zonder enig benul van statistiek de betrouwbaarheid van tentamenvragen kan vaststellen. En vooral, als voorzitter heeft Jan steeds gehandeld vanuit een aantal logisch samenhangende uitgangspunten. Dat zorgt voor klaarheid, en het behoedt voor onzin. Zo hoorde ik van een faculteit waar als bekroning van de onderwijskwaliteitszorg en ter versterking van het *four eyes principle* een roulatiesysteem is opgezet zodat scripties zo min mogelijk door hetzelfde docentenkoppel worden beoordeeld. Heel mooi, alleen jammer dat de inhoudelijke begeleiding verloren gaat - docenten van straf- en bestuursrecht zouden dan privaatrechtelijke scripties begeleiden.

Velen hebben veel aan Jan te danken. Ik ook, als student, docent en als bestuurder. Maar voor mij belangrijker - het is Jan die mij ertoe bracht rechten te gaan studeren. Ik heb van hem geleerd dat parate kennis over de Wet Wapens en Munitie overbodig is, en dat om niet te ontsporen terzijdes nodig zijn.



# Handicap of chronische ziekte en het (negatief) bindend studieadvies

*Mr. dr. L. (Lucy) van den Berg*

## 1 Voorwoord

Het is zeer waarschijnlijk dat mijn eerste ervaring met Jan een ‘auditieve’ ervaring is. Vermoedelijk heb ik zijn bulderende lach voor het eerst ontwaard in het voorjaar van 2006, toen ik net van start was gegaan als UD sociaal recht op de zesde verdieping van het hoofdgebouw. Ik meen me nog te herinneren dat ik de eerste keer wat ben geschrokken van het enorme volume dat door de gang denderde en via een gesloten deur mijn oren bereikte. Nog steeds hoor ik Jan regelmatig eerder dan ik hem zie.

Ik sluit overigens niet uit dat ik hem daarvoor reeds verschillende keren bij de start van een werkdag heb gezien zonder hem werkelijk te herkennen. Het is immers niet altijd eenvoudig een hoogleraar omgevingsrecht te identificeren, gehuld in lycra. Ik sluit niet uit dat Jan - ook met een naderend emeritaat - zo’n beetje de meest sportieve collega van onze faculteit is.

Ik kwam er enkele jaren later tijdens gezamenlijke lunches met de afdeling staats- en bestuursrecht vrij snel achter dat Jan een enorm brede interesse heeft voor onderwerpen die je niet altijd direct onder professoren omgevingsrecht zou verwachten. Bijvoorbeeld de fascinatie voor bepaalde Volendammers, het gebruik van het woord ‘er’ in de Nederlandse taal, de werking van algoritmen, etc.

Mijn eerste echte kennismaking met de professionele kant van Jan, was toen ik secretaris werd van de Examencommissie, medio 2011. De Examencommissie is binnen de Faculteit Rechtsgeleerdheid ook aangewezen als de zogenoemde BSA-commissie. Dat is de commissie die namens het bestuur van de faculteit aan eerstejaars studenten tegen het einde van het studiejaar een bindend studieadvies verstrekt. Studenten die niet in staat zijn gebleken 42 EC in het eerste jaar te behalen, worden in beginsel ongeschikt geacht voor de opleiding rechtsgeleerdheid en krijgen een negatief bindend studieadvies (NBSA). Bij de beoordeling van de geschiktheid voor de studie, dient de BSA-commissie persoonlijke omstandigheden van de student in aanmerking nemen. Deze taak vormt naar mijn mening in zeker opzicht de meest ingrijpende taak die de Examencommissie toebedeeld heeft gekregen. Ik heb zo het vermoeden dat dit voor Jan ook zo is. Schrijven over het bindend studieadvies biedt mij de ultieme gelegenheid het persoonlijke in het recht te combineren met mijn persoonlijke ervaring met Jan.

## 2 Inleiding

Door de jaren heen heeft de BSA-commissie van de rechtenfaculteit diverse beslissingen genomen over de geschiktheid van studenten, die niet aan de BSA-norm hebben voldaan. Een vaak schrijnende categorie van gevallen betreft de groep studenten die kampten met lichamelijke of psychische klachten. De vraag is hoe de medemenselijke compassie die deze studenten in deze gevallen vaak oproept zich verhoudt tot het meritocratische karakter dat het onderwijs nu eenmaal kenmerkt. Dit is, in andere bewoordingen, ook het spanningsveld tussen formele en materiële gelijke behandeling van gehandicapten en chronisch zieken. Reden dus om uit te zoeken welke bescherming de gehandicapte of chronisch zieke student geniet bij de toekenning van een (N)BSA. Ik besteed bij de beantwoording van deze vraag zowel aandacht aan de bescherming die voortvloeit uit de regeling van het NBSA in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek als aan het uit de Wet gelijke behandeling gehandicapten en chronisch zieken voortvloeiende discriminatieverbod.

In het hiernavolgende zal eerst aandacht worden besteed aan de juridische systematiek van het bindend studieadvies in de WHW. Hierbij vindt allereerst een inventarisatie plaats van de in het Uitvoeringsbesluit WHW omschreven persoonlijke omstandigheden. Vervolgens worden de omstandigheden die kunnen vallen onder het begrip handicap of chronische ziekte kort uitgelicht. Daarna zal (de bewijslastverdeling aangaande) het causaal verband tussen de persoonlijke omstandigheden, bestaande uit een handicap of chronische ziekte en de tegenvallende studieresultaten worden besproken en naar de rol van voorzieningen die door de opleiding zijn getroffen. Vervolgens geef ik antwoord op de vraag in hoeverre de student die in de bewijslast is geslaagd dat de handicap of chronische ziekte het tekort aan studiepunten verklaart, ook beschermd is tegen een NBSA. Daarna ga ik in op de vraag in hoeverre het verlenen van een negatief bindend studieadvies aan gehandicapte of chronisch zieke mensen verenigbaar is met de Wgbh/cz en welke rol (het al dan niet verzoeken om) redelijke aanpassingen daarbij speelt. Het juridische onderzoek zal geëindigd worden met een beschouwing.<sup>1</sup>

## 3 Het bindend studieadvies in de WHW

Ingevolge artikel 7.8b, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (hierna: WHW) brengt het instellingsbestuur van een bekostigde universiteit of hogeschool iedere student uiterlijk aan het einde van diens eerste jaar van inschrijving voor de propedeutische fase van een bacheloropleiding advies uit over de voortzetting van zijn studie binnen of buiten de bacheloropleiding. Dit advies kan volgens het tweede lid van dit artikel worden gegeven zolang de student het propedeutisch examen, ofwel het volledige eerste studiejaar, niet met goed gevolg heeft afgelegd. Volgens artikel 7.8 lid 3 WHW kan het instellingsbestuur aan het bovengenoemde advies binnen het in het tweede lid bedoelde tijdvak, doch niet eerder dan tegen het einde van het eerste jaar van inschrijving, een afwijzing verbinden. Deze afwijzing staat wel bekend als het 'negatief bindend studieadvies' (NBSA). Deze afwijzing kan volgens hetzelfde artikellid

---

<sup>1</sup> Ik laat het aan Jan over of mijn bijdrage aan zijn criteria voor wetenschappelijkheid voldoet. Zie: Jan Struiksma, De wetenschappelijkheid van het Tijdschrift voor Bouwrecht, *TBR* 2014/6, p. 485-490.

slechts worden gegeven, indien de student naar het oordeel van het instellingsbestuur, met inachtneming van zijn persoonlijke omstandigheden, niet geschikt moet worden geacht voor de opleiding doordat zijn studieresultaten niet voldoen aan de vereisten die het bestuur daaromtrent heeft vastgesteld.

Wat onder 'persoonlijke omstandigheden' wordt verstaan, is verder uitgewerkt in artikel 2.1, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit WHW 2008. Persoonlijke omstandigheden als bedoeld in de artikelen 7.8b, derde lid, en 7.9, derde lid, van de wet zijn:

- a. ziekte van betrokkene,
- b. lichamelijke, zintuiglijke of andere functiestoornis van betrokkene,
- c. zwangerschap van betrokkene,
- d. bijzondere familieomstandigheden,
- e. het lidmaatschap, daaronder begrepen het voorzitterschap, van:
  1. bij universiteiten: de universiteitsraad, faculteitsraad, het orgaan dat is ingesteld op grond van de medezeggenschapsregeling, bedoeld in artikel 9.30, derde lid, onderscheidenlijk artikel 9.51, tweede lid, van de wet, het bestuur van een opleiding of de opleidingscommissie, alsmede het lidmaatschap van het bestuur van een stichting die blijkens haar statuten tot doel heeft de exploitatie van voorzieningen, behorende tot de studentenvoorzieningen, dan wel van een daarmee naar het oordeel van het instellingsbestuur gelet op de taak gelijk te stellen orgaan (...),
- f. andere in de regelingen, bedoeld in de artikelen 7.8b, zesde lid, en 7.9, vijfde lid, van de wet door het instellingsbestuur aan te geven omstandigheden waarin betrokkene activiteiten ontplooit in het kader van de organisatie en het bestuur van de zaken van de instelling,
- g. het lidmaatschap van het bestuur van een studentenorganisatie van enige omvang met volledige rechtsbevoegdheid, dan wel van een vergelijkbare organisatie van enige omvang, bij wie de behartiging van het algemeen maatschappelijk belang op de voorgrond staat en die daartoe daadwerkelijk activiteiten ontplooit, (...)

Het is van belang te melden dat tot september 2018 deze opsomming limitatief was. Dit was af te leiden uit het woord 'uitsluitend' in de eerste volzin van artikel 2.1, lid 1. Tot de genoemde datum bepaalde de eerste volzin dat de in de relevante onderdelen a) tot en met g) uitsluitend als persoonlijke omstandigheden kwalificeerden. Per genoemde datum is het woord 'uitsluitend' komen te vervallen. Bovendien zijn twee onderdelen toegevoegd aan het eerste lid van artikel 2.1 Uitvoeringsbesluit WHW, te weten:

- h. andere in de onderwijs- en examenregeling, bedoeld in artikel 7.13 van de wet, op grond van artikel 7.13, tweede lid, onderdeel f, van de wet, vast te leggen persoonlijke omstandigheden,
- i. andere dan in de onderdelen a tot en met h bedoelde persoonlijke omstandigheden die, indien zij door het instellingsbestuur niet in de beoordeling zouden worden betrokken, zouden leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

De toevoeging van onderdeel h aan lid 1 artikel 2.1 van het Uitvoeringsbesluit WHW stelt het instellingsbestuur in de gelegenheid in de regelingen die zij vaststellen omtrent het bindend studieadvies andere persoonlijke omstandigheden dan die al opgesomd zijn in het eerste lid te betrekken bij hun besluitvorming. Gedacht is bijvoorbeeld aan het

beoefenen van topsport en aan de activiteiten van talentvolle muzikanten.<sup>2</sup> Onderdeel i) betreft een hardheidsclausule. Een hardheidsclausule is nodig voor als er zich omstandigheden voordoen die door het instellingsbestuur niet zijn voorzien en daardoor niet zijn opgenomen in het OER maar die, als deze niet zouden worden meegewogen, zouden leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard voor de student. Door toepassing van de hardheidsclausule kunnen ook deze omstandigheden worden meegewogen. Met deze wijzigingen wordt de regeling gelijkgetrokken met artikel 7.51, tweede lid, van de WHW, waarin de bijzondere omstandigheden worden genoemd die in geval van studievertraging recht kunnen geven op een uitkering uit het profileringsfonds van een instelling.<sup>3</sup>

Volgens het CBHO komen voor het geven van een negatief bindend studieadvies uitsluitend behaalde studieresultaten en de weging van bijzondere omstandigheden in de zin van de WHW in aanmerking.<sup>4</sup> De thans gepubliceerde jurisprudentie van het CBHO betreft de periode waarin de opsomming nog limitatief was. Niet als persoonlijke omstandigheden in de zin van de WHW vormden bijvoorbeeld de omschakeling van het gezinsleven naar het zelfstandig leven in een nieuwe stad, of het zich onveilig voelen door het terechtkomen in een ruzie tussen twee huurbazen.<sup>5</sup> Evenmin vormen de reisafstand naar de universiteit persoonlijke omstandigheden in de zin van de WHW.<sup>6</sup> Het (veel) moeten werken naast de studie om in het eigen onderhoud te kunnen voorzien vormt evenmin een persoonlijke omstandigheid.<sup>7</sup> Veel moeten werken vanwege de slechte financiële situatie van het gezin is dat evenmin.<sup>8</sup>

Gelet op de focus van deze bijdrage, ligt hier het accent op de omstandigheden die kunnen kwalificeren als handicap of chronische ziekte in de zin van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap op chronische ziekte (WGBH/cz). Dat brengt mee dat hierna de aandacht uitgaat naar de omstandigheden als bedoeld in artikel 2.1, lid 1, onderdelen a en b Uitvoeringsbesluit WHW 2008, te weten; 'ziekte van betrokkene' en 'lichamelijke, zintuiglijke of andere functiestoornis van betrokkene'.

In de onderzochte CBHO- jurisprudentie is bij medische en psychische aandoeningen de vraag of sprake is van een relevante omstandigheid in de WHW, zelden aan de orde. Bewijs dat sprake is van een ziekte of lichamelijke of zintuiglijke functiestoornis zal meestal vrij eenvoudig kunnen worden verschaft door middel van het overleggen van een verklaring van een behandelend arts of specialist.<sup>9</sup> Wel bestaat regelmatig discussie over de vraag of voldaan is aan de bewijslast dat het niet behalen van de BSA-norm (niet) samenhangt met de ziekte of functiebeperking van de student. Hieronder bespreek ik allereerst de door het CBHO neergelegde bewijslastverdeling. Vervolgens wordt de regel

---

2 Zie: Nota van Toelichting bij Besluit van 30 mei 2018, *Stb.* 2018, 174, p. 11 en p. 13.

3 Zie: Nota van Toelichting bij Besluit van 30 mei 2018, *Stb.* 2018, 174, p. 12.

4 *CBHO 2 februari 2011, CBHO 2010/077 en 077.1*

5 *CBHO 23 augustus 2018, 2018/085.*

6 *CBHO 2 juli 2014, 2013/282.*

7 *CBHO 15 juni 2015/ 2015/042.*

8 *CBHO 17 juli 2015, CBHO 2014/272.*

9 Daarbij verdient opmerking dat uit de verklaring wel opgemaakt moet kunnen worden in welke periode de student kampte met de ziekte of stoornis, vgl. *CBHO 20 maart 2018, 2017/193.*

verder uitgewerkt aan de hand van de jurisprudentie omtrent de onderdelen a en b van artikel 2.1, lid 1, Uitvoeringsbesluit WHW 2008.

## **4 Het causaal verband tussen de ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten**

### **4.1 Bewijslastverdeling**

Het is zeker niet altijd eenvoudig vast te stellen of een student - ondanks de aanwezigheid van persoonlijke omstandigheden - geschikt is voor de opleiding. Absolute zekerheid over de vraag of de student wel aan de voortgangsnorm zou hebben voldaan indien de persoonlijke omstandigheden niet hadden gespeeld, is lastig te geven. Het CBHO hanteert bij het vaststellen van de bepaling van de geschiktheid voor de opleiding de volgende bewijsregel. Het is aan de student de gestelde omstandigheden aan te tonen en aannemelijk te maken dat die omstandigheden de studieresultaten nadelig hebben beïnvloed. Het is vervolgens aan de BSA-commissie om te motiveren waarom desondanks een causaal verband tussen de aangevoerde omstandigheden en het niet hebben behaald van de benodigde studiepunten ontbreekt.<sup>10</sup> Kort gezegd dient de student 'aannemelijk te maken' dat de ziekte of stoornis heeft geleid tot een tekort aan studiepunten. Indien dat is gelukt, dient de BSA-commissie 'te motiveren' waarom het causaal verband ontbreekt.

Hieronder ga ik dieper in op de vraag op welke wijze de student aan de bewijslast kan voldoen dat de ziekte of stoornis heeft geleid tot een tekort aan studiepunten. Hierbij kijk ik allereerst naar het door de student aan te tonen verband tussen de ziekte of stoornis en de functionele beperkingen van de student. Daarna komt de maatstaf aan de orde bij het aannemelijk maken van het verband tussen de ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten. Vervolgens komt de rol van (het verzoeken om) aanpassingen aan de orde. Ten slotte komt de vraag aan de orde in hoeverre de student die slaagt in zijn bewijslast, ook beschermd is tegen een NBSA.

### **4.2 Verband tussen ziekte of stoornis en het bestaan van functionele beperkingen**

Indien concrete verklaringen van een arts over de consequenties van een bepaalde aanpak voor de functionele mogelijkheden van de student ontbreken, lijkt niet snel aan de bewijslast te zijn voldaan. De student die last had van slaapapneu en die volgens de verklaringen van de huisarts last had van ernstige oververmoeidheid, had niet aan zijn bewijslast voldaan. De huisarts heeft niet willen verklaren dat een causaal verband tussen de slaapapneu en de oververmoeidheid en concentratieproblemen bestaat, omdat het niet tot zijn deskundigheid behoort dergelijke conclusies te trekken. Nu uit de overgelegde stukken niet kon worden opgemaakt dat de student als gevolg van slaapapneu last zou hebben van oververmoeidheid en concentratieproblemen, hetgeen mogelijk ge-

---

<sup>10</sup> Vgl. CBHO 16 mei 2018, 2017/209.



volgen zou kunnen hebben voor zijn studie, was het NBSA volgens het CBHO terecht gegeven.<sup>11</sup>

Nu is het juridisch juist dat een behandelend arts niet de deskundigheid heeft om vast te stellen welke gevolgen bepaalde medische klachten hebben voor de belastbaarheid en functionele mogelijkheden van betrokkene juist. Deze stelling geldt niet uitsluitend voor een huisarts, maar eveneens voor een behandeld medisch specialist. Voor het vaststellen van de functionele beperkingen is een speciale opleiding nodig, als verzekeringsgeneeskundige. Het inwinnen van advies van een verzekeringsgeneeskundige gaat al snel flink in de papieren lopen.<sup>12</sup> Het is dan ook niet vreemd dat in geen van de door mij onderzochte uitspraken, een verzekeringsgeneeskundig rapport in de procedure is betrokken.

Het CBHO heeft er geen moeite mee als behandelaars buiten hun boekje gaan en wel degelijk ingaan op de gevolgen van een bepaalde ziekte of stoornis voor de functionele beperkingen of mogelijkheden om te studeren. De rapportages die in de volgende paragraaf door studenten zijn ingebracht, betreffen zonder uitzondering verklaringen van behandelend artsen en specialisten. In de volgende paragraaf staat de vraag centraal welke maatstaf het CBHO hanteert bij het aannemelijk achten van het verband tussen de ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten, en hoe deze maatstaf wordt ingevuld.

### 4.3 Verband tussen ziekte of stoornis en het tekort aan studiepunten

Verklaringen van artsen over de relatie tussen de ziekte of stoornis en de mogelijkheid te studeren of tentamens af te leggen, zijn regelmatig ‘te vaag’.

Indien verklaringen van de behandelend arts worden overgelegd waaruit blijkt dat de student door een medische aandoening ‘gehinderd was te studeren’ betekent dat nog niet dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de student geen enkel tentamenresultaat heeft behaald.<sup>13</sup>

De student voor wie de norm gold van 45 ECTS en die gedurende het collegejaar 11 ECTS had behaald, had volgens het CBHO onvoldoende aannemelijk gemaakt dat *deze klachten zijn volledige studievertraging verklaren*. Uit de verklaring van een studentpsycholoog van de universiteit bleek dat de student zich heeft aangemeld omdat psychische klachten hem belemmeren bij de studie. Uit die verklaring bleek niet dat de psycholoog heeft vastgesteld dat appellant door de psychische *klachten zeer verminderd studiebelastbaar* was.<sup>14</sup>

Ik leid uit het bovenstaande af dat uit de verklaringen van de behandelend arts ten minste moet kunnen worden afgeleid ‘in welke mate de ziekte of stoornis’ beperkingen meebrengt in de mogelijkheden om te studeren. Wanneer de student geen of zeer weinig studieresultaten heeft behaald, zal althans uit de verklaring van de arts of specialist

---

11 CBHO 12 juli 2018, 2018/084.

12 De website: <https://expertisebalie.nl/tarieven-vergoeding/> vermeldt een uurtarief van € 175,-.

13 28 november 2017, CBHO 2017/211 en 2017/ 211.1.

14 CBHO 4 mei 2017, 2017/026.

moeten blijken dat de student in overwegende mate beperkt was te studeren of zeer verminderd studiebelastbaar was.

Uit een uitspraak inzake een student met ADHD en die slechts één vak - namelijk het vak Vormgeving - verwijderd was van een positief BSA kan worden afgeleid, dat van de betrokken student niet steeds wordt verlangd dat hij nauwkeurig aangeeft welk effect de aandoening op de studievertraging heeft. De student had een verklaring van een behandelend arts ingebracht waarin is verklaard dat de betrokken student door de AD(H)D beperkt is in aandacht, planning, organiseren en opstarten van taken, het hem veel moeite en energie kost om zijn aandacht te richten en zich te concentreren en uitstelgedrag laat zien. De opleiding stelde zich op het standpunt dat uit deze verklaringen niet blijkt welk effect de AD(H)D op de studievertraging heeft gehad. Uit de verklaringen blijkt verder dat bij de student sprake van duikgedrag, vermijding en ontkenning van zijn problemen. Volgens het CBHO past het niet inschrijven voor het hertentamen van het vak Vormgeving in het beeld van door AD(H)D veroorzaakt gedrag zoals in de verklaringen beschreven. Het CBHO was in het onderhavige geval van oordeel dat de opleiding en de examencommissie ondeugdelijk hebben gemotiveerd waarom op grond van de verklaringen causaal verband tussen de studievertraging en de AD(H)D onaanneemelijk is.<sup>15</sup> Deze uitspraak lijkt erop te wijzen dat - althans in bepaalde gevallen - ook nauwkeurige omschrijvingen aangaande de functionele beperkingen die voortvloeien uit een aandoening, kunnen volstaan voor het aanneemelijk maken dat de ziekte of stoornis ertoe heeft geleid dat de student niet aan de BSA-norm heeft voldaan.

#### **4.4 De rol van (het al dan niet verzoeken van) voorzieningen**

Indien voor een student bepaalde voorzieningen zijn getroffen en de student gedurende het collegejaar niet om andere of aanvullende voorzieningen heeft verzocht, zal de student in beginsel niet aan de bewijslast dat de student vanwege een handicap of chronische ziekte niet aan de BSA-norm heeft voldaan. Het CBHO oordeelde ten aanzien van een dyslectische student dat de opleiding daarvoor reeds sinds het begin van het studiejaar speciale voorzieningen heeft getroffen, zoals extra tijd bij toetsen en examens en teksten met een vergroot lettertype dan wel een grotere regelaafstand. Nu de student in het gehele studiejaar niet heeft gesteld dat die voorzieningen voor haar onvoldoende waren, heeft zij niet aanneemelijk gemaakt dat zij vanwege dyslexie niet aan de BSA-norm heeft voldaan.<sup>16</sup>

#### **4.5 Ziekte of stoornis maakt de student ongeschikt**

Geconstateerd kan worden, dat het voor een student niet eenvoudig is aanneemelijk te maken dat de ziekte of stoornis het tekort aan studiepunten heeft veroorzaakt. Studenten die wel in deze bewijslast slagen, zijn bovendien niet zonder meer beschermd tegen een NBSA. De persoonlijke omstandigheden kunnen namelijk zodanig zijn, dat de student als gevolg daarvan ongeschikt is voor de studie.

<sup>15</sup> CBHO 7 juni 2018, 2017/226.

<sup>16</sup> CBHO 14 april 2015, 2014/292. Vgl. CBHO 30 juni 2017, 2016/248 en CBHO 18 juli 2018, 2018/074.

De student die na drie jaar nog niet de door de opleiding vastgestelde norm van 50 EC had weten te behalen, had volgens het CBHO terecht een negatief BSA ontvangen. Hierbij speelde een rol dat uit de stellingen van de student bij de door hoorzitting over de door hem gestelde aandoening en de professionele hulp die hij al vanaf het eerste studiejaar ontvangt, mocht worden afgeleid dat niet te verwachten is dat de lichamelijke en mentale toestand van de student op korte en middellange termijn in zodanige mate zal verbeteren dat hij in staat moet worden geacht om ongehinderd zijn studie te vervolgen. De BSA-commissie heeft daarbij mogen betrekken dat de student in het relevante collegejaar slechts drie studiepunten heeft behaald.<sup>17</sup>

Een soortgelijk oordeel deed het CBHO ten aanzien van een studente die als gevolg van een sociale angststoornis en subklinische PTTS kampte met examenvrees. De studente was in het studiejaar 2015-2016 gestart met de opleiding psychologie en in januari 2016 gestopt, waarna zij in het studiejaar 2016-2017 opnieuw aan haar opleiding begon. In dat studiejaar heeft zij vier EC behaald. Zij heeft zich in september 2016 bij een psychiater gemeld. Uit de verklaring van haar behandelend psychiater blijkt dat de examenvrees door verschillende behandelingen en het verminderen van spanningsbronnen waarschijnlijk beter hanteerbaar zal zijn. De stelling van de student dat de behandeling vanaf maart 2017 aanslaat vindt weliswaar enige steun in de verklaring van de psychiater, die onder meer vermeldt dat goede behandelresultaten te boeken zijn, maar uit die verklaring blijkt niet de verwachting dat deze resultaten op korte termijn volledig zullen worden bereikt. De BSA-commissie mocht zich daarom volgens het CBHO op het standpunt stellen dat niet te verwachten is dat het studietempo op korte termijn zal verbeteren. Volgens het CBHO mocht de BSA-commissie zich dan ook op het standpunt stellen dat de studente, met inachtneming van haar persoonlijke omstandigheden, niet geschikt moet worden geacht voor de opleiding.<sup>18</sup>

Indien voldoende duidelijk is dat de persoonlijke omstandigheden zodanig zijn, dat de student hierdoor ongeschikt is voor de studie, dan valt dus de bijl voor de student. Een exacte definitie van het begrip ‘(on)geschikt’ valt echter lastig te geven. In de eerste uitspraak zien we de maatstaf van het (op korte of middellange termijn) ‘ongehinderd’ kunnen vervolgen van de studie. In de tweede uitspraak gaat het over het (op korte termijn) ‘verbeteren van het studietempo’. Heel concreet wordt het allemaal niet. Onduidelijk blijft wat kan worden verstaan onder ‘verbeteren’ van het studietempo. Evenmin is helder hoe lang een ‘korte termijn’ of ‘middellange termijn’ duurt.

## **5 Het negatief BSA in het licht van het discriminatieverbod op grond van handicap en chronische ziekte**

De omstandigheden als bedoeld artikel 2.1, lid 1 onderdelen a) en b) Uitvoeringsregeling WHW kunnen voortvloeien uit een handicap of chronische ziekte als bedoeld in de Wet gelijke behandeling handicap en chronische ziekte (Wghb/cz). De Wgbh/cz

---

<sup>17</sup> CBHO 16 augustus 2018, CBHO 2018/16.

<sup>18</sup> CBHO 7 juni 2018, CBHO 2017/230a.

verbiedt zowel direct als indirect onderscheid naar handicap of chronische ziekte bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake door instellingen die werkzaam zijn op het gebied onderwijs.<sup>19</sup> Ook universitair onderwijs valt onder het discriminatieverbod.<sup>20</sup> Het toekennen van een NBSA valt onder de materiële reikwijdte van de wet. Volgens het College voor de rechten van de mens (CRM) en zijn voorganger de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) zijn onder meer dyslexie, autisme, AD(H)D, diabetes en depressie aan te merken als handicap of chronische ziekte.<sup>21</sup> Faalangst kwalificeert niet, een angststoornis wel als chronische ziekte.<sup>22</sup>

De relatie met de Wghb/cz licht ik hieronder verder uit. Hierbij ligt de nadruk op de uit de WGBh/cz voortvloeiende verplichting doeltreffende aanpassingen te verrichten en op de vraag in hoeverre het toekennen van een negatief BSA aan een gehandicapte of chronisch zieke student volgens het CRM en het CGB discriminatie oplevert.

## 5.1 Doeltreffende aanpassingen

Het verbod van onderscheid houdt volgens artikel 2 Wghb/cz mede in de verplichting al naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor de opleiding een onevenredige belasting vormen. Te denken valt aan het verschaffen van extra tentamentijd aan studenten met dyslexie.<sup>23</sup> Ook het maken van tentamen in een aparte ruimte kan een doeltreffende aanpassing zijn.<sup>24</sup> Hetzelfde geldt voor aanpassingen van het rooster, aangepaste toetsmomenten en extra begeleiding.<sup>25</sup> Voorzieningen die de inhoud van de exameneisen raken, zijn volgens het CRM niet vereist.<sup>26</sup>

Kenmerk van een doeltreffende aanpassing is dat sprake is van een op (de situatie van) het individu toegesneden aanpassing.<sup>27</sup> De aanpassing moet geschikt zijn om de beperkingen van betrokkene te compenseren. Om uitvoering te kunnen geven aan de verplichting tot het doen van een doeltreffende aanpassing moet het een aanbieder van onderwijs duidelijk zijn dat er behoefte is aan een aanpassing. Tevens moet het duidelijk zijn welke aanpassing in het concrete geval noodzakelijk is. Het is aan de persoon met een handicap of chronische ziekte om (tijdig) aan te geven dat hij of zij behoefte heeft aan een aanpassing.<sup>28</sup> Er is met andere woorden sprake van een piepsysteem. Wel geldt - na de piep - een zekere zelfstandige onderzoeksplicht aan de kant van de opleiding. Bovendien dient de opleiding na de piep voldoende voortvarend te handelen en dienen de redelijke aanpassingen binnen een redelijke termijn te worden getroffen.<sup>29</sup>

19 Zie artikel 5b lid 1 sub c Wgbh/cz.

20 Zie: TK 2001-2002, 28 169, nr. 3, p. 37.

21 CRM 29 december 2016, 2016/145 (dyslexie); CRM 9 juni 2016, 2016/49 (depressie); CRM 27 juni 2016, 2016/59 (diabetes); CRM 25 augustus 2015, 2015/97 (ADHD).

22 CRM 27 juni 2017, 2017/80.

23 CRM 25 juli 2013, 2013/98.

24 CRM 25 juli 2013, 2013/98.

25 CRM 30 oktober 2013, 2013/136.

26 Vgl. CRM 12 juli 2018, 2018/72; CRM 23 juli 2015, 2015/132; CRM 21 juli 2016, 2016/82.

27 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26.

28 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26, zie ook CGB 7 mei 2012, 2012/85.

29 Vgl. CGB 9 februari 2005, 2005/18.

Indien de opleiding bekend is met de handicap of chronische ziekte van een student, maar de (aspirant) student niet kenbaar heeft gemaakt dat hij een aanpassing nodig had en welke aanpassing dat zou moeten zijn, is geen onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte.<sup>30</sup>

Aanpassingen kunnen alleen gevegd worden indien zij geen onevenredige belasting vormen. Om dit te kunnen beoordelen moet een afweging gemaakt worden tussen de belangen van de gehandicapte of chronisch zieke enerzijds en die van de opleiding anderzijds. Bij deze belangenafweging spelen onder meer een rol de operationele en technische haalbaarheid van de aanpassing, de kosten, de omvang van de opleiding en de financiële draagkracht.<sup>31</sup>

## **5.2 NBSA verenigbaar met discriminatieverbod?**

Volgens de MvT bij de Wgbh/cz brengt het discriminatieverbod niet mee dat iemand in dienst moet worden genomen die niet in staat is om essentiële taken van de functie uit te oefenen, ook als dit onvermogen samenhangt met de lichamelijke of geestelijke gezondheid van de kandidaat.<sup>32</sup> Wanneer dit uitgangspunt wordt toegepast op het toelaten van een (aspirant) student tot een opleiding, zou dat meebrengen dat indien een student als gevolg van een handicap of chronische ziekte - ondanks redelijke aanpassingen - niet in staat is de essentiële onderdelen van de opleiding te voltooien, geen sprake is van verboden discriminatie. Ook het CRM hanteert dit uitgangspunt bij haar oordelen. Volgens het CRM geldt in de Wgbh/cz het uitgangspunt dat pas sprake kan zijn van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte als vaststaat dat de betrokkene geschikt is voor de in het geding zijnde opleiding. Wanneer studenten niet de voor de opleiding wezenlijke vaardigheden hebben of als deze niet in voldoende ontwikkelbare vorm bij hen aanwezig zijn, rust op onderwijsinstellingen de verplichting om (desgevraagd) na te gaan of de aan het onderwijs gerelateerde belemmeringen voor deelname kunnen worden weggenomen door het verrichten van een of meer doeltreffende aanpassingen.<sup>33</sup> Als de vraag naar de geschiktheid bevestigend wordt beantwoord, kan vervolgens worden beoordeeld of de opleiding onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door na te laten doeltreffende aanpassingen te verrichten of door de inschrijving te beëindigen.<sup>34</sup>

De vraag rijst vervolgens hoe te beoordelen of de gehandicapte of dyslectische student geschikt is voor de opleiding. Het CRM acht zich niet bevoegd zichzelf een oordeel aan te meten met betrekking tot de geschiktheid van een student. Wel beschouwt zij het tot haar taak om te bezien of bij de ongeschiktheidverklaring van een persoon, al dan niet bewust, in strijd is gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling. In dat verband wordt beoordeeld of de opleiding op goede gronden heeft kunnen beslissen dat de student niet geschikt is voor de betreffende opleiding.<sup>35</sup>

---

30 CRM 3 november 2017, 2017-127.

31 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26.

32 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 13 en 34.

33 CRM 8 juli 2016, 2016/74.

34 CGB 17 februari 2005, 2005/22.

35 CGB 11 mei 2006, 2006/90.

De hogeschool die de dyslectische student die het eerste jaar 39 EC en in het tweede jaar geen enkel studiepunten een NBSA had toegekend omdat hij ongeschikt was voor de lerarenopleiding bedrijfseconomie, heeft volgens de CGB in redelijkheid tot dit standpunt kunnen komen. Het verschil tussen de hoeveelheid studiepunten die de student heeft gehaald in twee jaar en de hoeveelheid studiepunten die studenten worden geacht te halen in een jaar, is volgens de CGB dusdanig groot dat de opleiding, mede gelet op de verrichte aanpassingen, zoals het gebruik van een laptop en het maken van tentamens in een aparte ruimte en de aantoonbare begeleiding van de opleiding, in redelijkheid tot het standpunt heeft kunnen komen dat de student niet geschikt is voor de studie.<sup>36</sup>

Ten aanzien van een dyslectische student die een NBSA voor de studie bedrijfskunde had toegekend, oordeelde de CGB dat de opleiding op goede gronden had besloten dat de student niet geschikt was voor de opleiding. Hiervoor was bepalend dat de student na twee jaar studie niet in staat was gebleken de kernvakken van de opleiding te behalen, de student over het algemeen zeer lage cijfers haalde en niet was gebleken dat de toegestane aanpassingen (maken van tentamens in een aparte ruimte) tot betere tentamenresultaten van de student hebben geleid.<sup>37</sup> Dit leidde ertoe dat de CGB niet meer toekwam aan de vraag of de opleiding doeltreffende aanpassingen had verricht en het beëindigen van de inschrijving in overeenstemming was met het discriminatieverbod.

Het is uiteraard denkbaar dat een student pas na de toekenning van het NBSA ontdekt dat hij of zij gehandicapt of chronisch ziek is. De weigering de student opnieuw toe te laten kan leiden tot verboden discriminatie. Dit volgt uit een oordeel omtrent een leerling die van een opleidingsinstituut voor volwassenonderwijs een NBSA gekregen en zich daarom twee jaar niet mocht inschrijven voor de opleiding. Een paar maanden nadat het NBSA was gegeven, kwam de leerling erachter dat zij lijdt aan psychoses. Haar behandelteam concludeert dat haar ziekte waarschijnlijk de oorzaak is geweest van haar (slechte) schoolprestaties. Met behulp van behandeling en medicatie acht het behandelteam de leerling in staat om de opleiding met goed gevolg te hervatten. De afwijzing van het verzoek de leerling binnen twee jaar opnieuw tot de opleiding toe te laten, vormde volgens het CRM verboden (indirecte) discriminatie.<sup>38</sup> Aangenomen mag worden dat een student die vlak na het einde van het studiejaar ontdekt dat hij gehandicapt of chronisch ziek is en aan de hand van medische rapportages aannemelijk weet te maken dat hij of zij met een medische behandeling (eventueel in combinatie met redelijke aanpassingen) geschikt is voor de opleiding, eveneens een positief oordeel van het CRM zou ontvangen.

## **6 Beschouwing**

Uit de beschikbare CBHO-jurisprudentie kan worden opgemaakt, dat het voor gehandicapte en chronisch zieke studenten niet eenvoudig is aan de bewijslast te voldoen dat de handicap of chronische ziekte het tekort aan studiepunten verklaart. Indien een dergelijke student erin slaagt een medische rapportage in te brengen die voldoende dui-

<sup>36</sup> CGB 11 mei 2006, 2006/90.

<sup>37</sup> CGB 17 februari 2005, 2005/22.

<sup>38</sup> CRM 8 februari 2012, 2012/29. Vgl. CRM 9 juni 2016, 2016/49.

delijk aangeeft in welke mate de ziekte of functiebeperking beperkingen meebrengt in de mogelijkheden om te studeren en de studieresultaten hierbij aansluiten, slaagt de student in de bewijslast.

De student die beperkt is in zijn of haar mogelijkheden te studeren, zal echter snel kunnen worden geconfronteerd met de stelling van de BSA-commissie dat de ziekte of stoornis de student ongeschikt maakt voor de opleiding. De student zal in een dergelijk geval tegenbewijs dienen te leveren die eruit bestaat dat - bijvoorbeeld door een medische behandeling - het studietempo zal verbeteren. Geconstateerd is dat een exacte maatstaf voor de beoordeling van de geschiktheid ontbreekt. In een CBHO-uitspraak gaat het over het (op korte termijn) 'verbeteren van het studietempo', in een andere uitspraak zien we de maatstaf van het (op korte of middellange termijn) 'ongehinderd' kunnen vervolgen van de studie. Wellicht kunnen we uitgaan van het criterium dat het studietempo 'op korte termijn' verbetert en dat de student op de 'middellange termijn' ongehinderd te studie kan vervolgen. Uiteraard is daarbij nog steeds niet helder wat onder 'korte' en 'middellange termijn' kan worden verstaan en wat het 'verbeteren' van het studietempo inhoudt.

Studenten met functiebeperkingen, zoals dyslexie, zullen in de regel gebruik hebben kunnen maken van voorzieningen, zoals tentamentijdverlenging en het maken van de tentamens in een aparte ruimte. Studenten die gedurende het collegejaar niet hebben verzocht om aanvullende voorzieningen slagen in beginsel niet in hun bewijslast dat de functiestoornis het tekort aan studiepunten veroorzaakt. Uit de door mij onderzochte jurisprudentie kan niet worden opgemaakt of dat voor een student die niet om voorzieningen heeft gevraagd, anders ligt.

Chronisch zieke en gehandicapte studenten worden concluderend door het CBHO maar beperkt beschermd tegen een NBSA. Uit de oordelen van het CRM en de CGB kan worden opgemaakt, dat de Wgbh/cz aan deze bescherming weinig tot niets afdoet. De vraag in hoeverre de toekenning van een NBSA verboden discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte oplevert, kan pas aan de orde worden gesteld indien vaststaat dat de gehandicapte of chronisch zieke student geschikt is voor de opleiding. Het CRM beoordeelt in gevallen waarin een NBSA is verstrekt aan de hand van de studieresultaten, de toegekende voorzieningen en de begeleiding die de student heeft ontvangen, of de opleiding in redelijkheid heeft kunnen komen tot het oordeel dat de student niet geschikt is voor de opleiding. Opleidingen kunnen in het algemeen op goede gronden beslissen dat de gehandicapte of chronisch zieke studenten die met voorzieningen en begeleiding nauwelijks studieresultaten en of de kernvakken niet heeft behaald, niet geschikt is voor de opleiding. Het CRM komt in een dergelijk geval niet meer toe aan de vraag in hoeverre de opleiding ten aanzien van deze student redelijke aanpassingen heeft gedaan, of het toegekende NBSA in strijd is met het discriminatieverbod. Studenten die pas na afloop van het collegejaar ontdekken dat ze gehandicapt of chronisch ziek zijn en die aannemelijk kunnen maken dat zij met een bepaalde behandeling geschikt zijn voor de studie, worden wel beschermd door het discriminatieverbod. Ik vermoed echter dat een dergelijke student, die aan de hand van een medisch rapport aannemelijk weet te maken dat het tekort aan studiepunten kan worden verklaard door de handicap of chronische ziekte, ook binnen het kader van de WHW al beschermd zou zijn tegen een NBSA.

## **7 Afsluitend**

Hierboven heb ik geconcludeerd dat chronisch zieken en gehandicapten slechts beperkt beschermd zijn tegen een NBSA. Wanneer de student al slaagt in de bewijslast dat de handicap of chronische ziekte het tekort aan studiepunten verklaart, hangt de student vervolgens snel het stempel van ongeschiktheid voor de studie boven het hoofd. De gelijkebehandelingswetgeving voegt gelet op de oordelen van het CRM nauwelijks iets aan die bescherming toe.

Jan, ik vermoed dat je al (lang) zult hebben vastgesteld dat de BSA-commissie van onze rechtenfaculteit een wat ruimhartiger lijn heeft gevormd. Daarnaast vermoed ik dat je zult menen dat daarvoor goede gronden kunnen zijn. In sommige gevallen vormt bijvoorbeeld de studie op zichzelf een zeer belangrijke - zo niet enige - houvast voor de student. Het is goed te weten dat het Uitvoeringsbesluit WHW inmiddels voorziet in een hardheidsclausule. Deze biedt de BSA-commissie om in overeenstemming met de WHW in individuele gevallen tot billijke oplossingen te komen.

Het is tijd om af te sluiten. Jan, ik heb je leren kennen als een persoon met een enorm reservoir aan kennis, een forse dosis humor, een positieve kijk op het leven en een grote betrokkenheid naar studenten en collega's.

Het is fijn werken met een persoon met een ruim hart. Dank Jan, voor het vertrouwen dat je in me hebt gesteld en voor de goede tijd die ik met je in de Examencommissie heb gehad.





# A trip down memory lane: over negatieve bewegwijzing, Nijmeegse kleiduiven en een zongebruind lijf

*Mr. dr. A.B. (Aletta) Blomberg & prof. mr. M.J. (Rianne) Jacobs*

Lieve Jan,

We waren het echt van plan: een serieus stuk over een interessante juridische kwestie schrijven voor het liber amicorum ter gelegenheid van jouw afscheid van de VU. We vonden het ook een eer om een stuk voor je te schrijven. Toch is het ons niet gelukt. We hebben verschillende pogingen gedaan om te beginnen, zelfs een afspraak gemaakt in de vakantie om samen te gaan schrijven, maar ja, we hadden elkaar ook al lang niet meer gezien en gesproken, dus het werd gezellig en later en later en toen het tijd werd om op te breken waren we nog niet eens toegekomen aan het bedenken van een onderwerp voor onze bijdrage. Dat gaf ook niet, er was nog tijd genoeg, dachten we. En zo ging het verder. Wat ook niet hielp was de blessure van Rianne. Om een lang verhaal kort te maken: wat nu volgt is geen serieus stuk over een interessante juridische kwestie. We gaan doen wat we die middag in de vakantie uiteindelijk ook hebben gedaan: lekker herinneringen ophalen aan de tijd waarin wij alle drie bij de Vakgroep staats- en bestuursrecht werkten. Wij denken eigenlijk dat jij dat ook wel kunt waarderen.

Rianne maakte in 1993 kennis met jou. Op 1 september van dat jaar begon zij als aio te werken aan een proefschrift over subsidieovereenkomsten. Toen zij zich stipt om 9 uur op het secretariaat meldde, trof zij daar niet alleen Els Heppner, maar ook jou. Gekleed in een spijkerbroek en een nogal strak wit t-shirt stond je haar te observeren. Je zei helemaal niets. Gelukkig was er koffie en kletste Els de stilte vol. Aletta kende je toen al een tijdje. Zij studeerde aan de VU en volgde in 1992 het vak ruimtelijke ordeningsrecht bij jou. Daarvan herinnert ze zich vooral nog het vreselijke lesboek van een niet nader te noemen auteur, waarvoor jij je steeds verontschuldigde (een paar jaar later bracht je een eigen boek uit).

Drie weken nadat Rianne was begonnen met haar promotieonderzoek, promoveerde Bernd van der Meulen. Het was voor Rianne de eerste keer dat zij een promotieplechtigheid zou bijwonen. Jij was zo aardig om haar op sleeptouw te nemen en uitleg te geven over de gang van zaken tijdens de promotie. Na afloop vroeg je dan ook wat ze ervan had gevonden. Na een onhandige reactie op die vraag (onder de indruk van het plechtige karakter van de promotie, verwoordde ze niet heel precies wat ze bedoelde en stamelde ze iets over “poppenkast”), schudde je je hoofd bedenkelijk, zweeg kort en zei toen licht

sarcastisch: “En jij wil een proefschrift schrijven?” Geen idee of jij je dit herinnert. Gelukkig is het allemaal goed gekomen. Rianne was in ieder geval blij dat je haar bij haar oratie als het ware weer ‘op sleeptouw hebt genomen’ als rector.

Hoewel het werk natuurlijk de aanleiding en de belangrijkste reden was om naar de VU te komen, zullen we het daar verder niet over hebben. De proefschriften zijn af, het onderwijs is gegeven en jij deed daarnaast nog allemaal belangrijk werk als vakgroepssecretaris, portefeuillehouder onderwijs in het faculteitsbestuur en in de examencommissie. Onze herinneringen hebben eigenlijk namelijk niet zoveel met het werk van doen (behalve dan de herinnering dat je altijd bereid was om ons als beginnende docenten met raad en daad bij te staan), maar meer met alles eromheen: de sfeer, de uitjes, de etentjes, de feestjes ...



Vakgroepsuitje 1997 (Nijmegen)

Die sfeer was goed en bijzonder, misschien ook wel omdat het voor ons onze eerste baan was of omdat het werken als jonge aio tussen - vaak amper jongere - studenten, niet te vergelijken is met een baan als - pak 'm beet - advocaat of wetgevingsjurist. We lunchten altijd met vrijwel de hele vakgroep beneden in de mensa, waarvoor Aletta dan een tafel met studerende studenten ontruimde; voor studeren was de mensa immers niet bedoeld! En steevast een kopje koffie ‘toe’ in het Bruin Café, dat die naam in onze

ogen niet zozeer dankte aan de inrichting maar aan de bruine tegeltjesvloer waar de VU patent op had.

Hoogtepunt van het jaar was het jaarlijkse vakgroepsuitje van SBR, meestal in juni of september althans een periode in het jaar dat de kans op mooi weer reëel was. Sportief als jij was - je kwam dagelijks op de racefiets vanuit Zaandam naar de VU; we zien je nog staan bij de lift, strak in lycra met je racefiets aan de hand - aarzelde je niet om 's ochtends vroeg een duik in zee te nemen, als de meeste collega's hun roes nog lagen uit te slapen. Het mooie weer bood jou ook gelegenheid te tonen hoe zongebruind je al was:



Vakgroepsuitje 1999 (Texel)

Zo'n uitje verliep stevast volgens het recept: overdag een sportieve activiteit en een bezoekje aan een of andere lokale bezienswaardigheid, daarna borrelen en lekker eten, en vervolgens een bezoek aan de lokale dancing of wat daar qua sfeer enigszins bij in de buurt kwam. Niemand hoefde vroeg naar huis, want het vakgroepsuitje was inclusief overnachting en ontbijt op zaterdagochtend. Dankzij lobbywerk van de vakgroepsleiding (behalve Jan ook Lex Michiels) stond de faculteit besteding van vakgroepsmiddelen daarvoor toe en de bezuiniging had nog niet toegeslagen. Eerdergenoemd bezoek aan een of andere lokale bezienswaardigheid diende waarschijnlijk mede om de besteding van vakgroepsmiddelen te legitimeren. Van het uitje werd zelfs een verslag gemaakt dat dan in het eerstvolgende faculteitsbulletin werd gepubliceerd.

Deze vakgroepsuitjes brachten ons in die jaren onder meer naar Texel, Domburg en Nijmegen. Dat ging niet altijd vlekkeloos. Zo reed één van ondergetekenden, als lid van het organisatiecomité 1996 chauffeur van de voorste auto, onderweg naar Domburg per ongeluk België in. Let wel (ter verklaring en verontschuldiging): we hebben het hier over het pre-TomTom en pre-mobiele-telefoon-tijdperk. En omdat de tweede auto volgde "om elkaar niet kwijt te raken" - chauffeur Lex Michiels - en de inzittenden van

de derde auto, waaronder Jan, de bestemming niet kenden en dus min of meer blindelings volgden, reed de voltallige vakgroep uiteindelijk via Kalmthout Zeeland binnen. Uit jouw verslag van die gebeurtenis, als gezegd gepubliceerd in het faculteitsbulletin (van december 1996, p. 19-20): “Naar mijn vaste overtuiging rijden we op een gegeven moment België binnen. Is dit de bedoeling? De Punto [auto 2 - toevoeging auteurs dezes] verlaat de snelweg naar Antwerpen onverwacht in rechtse richting. Dat is een vreemde route naar Zeeland! Hoewel, Zeeuws-Vlaanderen behoort tot de mogelijkheden. We raadplegen een kaart [zij wel!] en keren bij eerste gelegenheid. Als we terug zijn bij de plaats des onheils en ons over een viaduct in de richting van de Punto verplaatsen, zien we dit voertuig op de vluchtstrook beneden ons staan wachten. Het humeur van mevrouw Heppner [vakgroepssecretaresse Els, tevens chauffeur van auto 3] is met geen pen meer te beschrijven en wij zien ons genoodzaakt haar zeer eerbiedig te vragen of zij misschien nog genegen was te stoppen binnen een te belopen afstand tot aan de Punto. Deze afstand blijkt uiteindelijk 5 minuten sukkeldraf en 10 seconden steile afdaling over een viaduct-talud te bedragen. De passagiers van de Punto zien mij met plezierige verbazing naderen. De heer Michiels staat al buiten de auto en zijn houding is zeer kritisch. Hij wil van mij weten in welke richting wij ons dachten te verplaatsen, waarop ik repliceer dat wij dachten dat dit zijn richting was. Hoezo zijn richting? Konden wij dan niet direct zien dat dit een foute richting was? Moesten wij die fout ook weer zo nodig maken? Ik vind deze conversatie geheel normaal en dit stelt mij in staat om met de heer Michiels afspraken te maken over de vanaf heden te volgen route. Dit blijkt inderdaad de meest voor de hand liggende en volstrekt eenvoudig te volgen route te zijn, als men maar weet dat het reisdoel Domburg is.”

Wat je niet had begrepen, was dat de reis naar Domburg een wetenschappelijk experiment was. Daarover schrijf je in het verslag van het uitje van 1997, over je eigen verslag van 1996 het volgende: “Het valt de schrijver van dit verslag bijzonder kwalijk te nemen, dat hij een serieus wetenschappelijk onderzoek naar de mogelijkheden van een systeem van negatieve bewegwijzering heeft afgeschilderd als een ongeorganiseerde verplaatsing naar een onbekend reisdoel. Omdat negatieve bewegwijzering in Nederland niet daadwerkelijk aanwezig is, was vorig jaar gekozen voor een gedachtenexperiment, waarbij alle borden waarop Domburg niet voorkwam werden geïnterpreteerd als NIET NAAR DOMBURG, en alle borden waarop Domburg wel voorkwam werden genegeerd. Het was de bedoeling om de weg naar Domburg te vinden door combinatie van alle borden met de aanduiding NIET NAAR DOMBURG. Over de betekenis van de mislukking van dit experiment ontstond enige discussie. Sommigen waren van mening, dat de mislukking slechts duidde op een slecht uitgevoerd experiment, terwijl anderen erop wezen, dat het experiment misschien niet onomstotelijk de voordelen van positieve bewegwijzering had aangetoond, maar toch in ieder geval heel aannemelijk had gemaakt.” Wat hier van zij, in 1997 ging de reis via positieve bewegwijzering naar Nijmegen, waarvan ondergetekenden zich thans alleen nog herinneren dat zij een extra rondje over het Keizer Karelplein hebben gemaakt alvorens de juiste afslag naar de eerste plaats van bestemming te vinden. Ook in Nijmegen werd overigens een wetenschappelijk experiment uitgevoerd, te weten naar de correlatie tussen de hoeveelheid geconsumeerd bier en de schietvaardigheid. Gelet op de bierconsumptie van degenen met de meeste treffers bij het kleiduivenschieten, Jan en Marij (Frons), bleek er geen verband te bestaan, al is er

nog lang over de betekenis van deze conclusie gediscussieerd. Wij houden het er maar op dat Jan een 'lucky shot' had.

Een ander hoogtepunt waren de promoties, oraties en de ter gelegenheid daarvan georganiseerde feesten. Daar heb je er op een universiteit nu eenmaal veel van. Tijdens veel van die feesten werden er liederen gezongen voor degene die het feest gaf. Hilarisch was het duet van jou en Jan Willem Sap ter gelegenheid van Rianne's promotie.



Gelegenheidsduo zingt 'Kleine kokette Rianne' (januari 1999)

Het wordt tijd om dit stuk af te ronden. Wat herinneren wij ons vooral van Jan? Jan was er altijd van begin (vroeg) tot eind (laat) bij. Jan voerde niet per se het hoogste woord (daar waren anderen voor), maar was nooit te beroerd om op zijn bekende droog-ironische wijze commentaar te leveren op wat werd gezegd en gedaan. Ook hield Jan wel van een plaagstootje en wij waren daar - zeker als we er nu 20-25 jaar later nog eens op reflecteren - af en toe dankbare slachtoffers van. Maar bovenal herinneren we ons Jan als een bijzonder fijne collega, bij wie je als het er echt toe deed altijd terecht kon. Wij wensen je het allerbeste en hopen dat we je ondanks dat je je werkende bestaan hebt afgesloten, nog zo nu en dan nog zullen tegenkomen.



# Het College van Beroep voor de Examens van de Vrije Universiteit

## Een kijkje in de keuken

*Drs. A.M. (Alma) van Donk*

### 1 Inleiding

Elke instelling voor hoger onderwijs dient op grond van de Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek te beschikken over een College van Beroep voor de Examens (COBEX). Jan Struiksma is tussen 2006 en 2016 lid en tevens plaatsvervangend voorzitter van het COBEX van de Vrije Universiteit (VU) geweest. Over dit college is zowel binnen de VU als bij de buitenwacht vrijwel niets bekend. Daarom zal ik nu van de gelegenheid gebruikmaken om wat te vertellen over de werkzaamheden van het COBEX van de VU. Ook zal ik enkele ontwikkelingen van de afgelopen jaren benoemen, en voorbeelden geven van uitspraken van dit college.

### 2 Wie kan waartegen in beroep gaan?

Studenten en aspirant-studenten kunnen bij het COBEX beroep instellen tegen diverse categorieën beslissingen die hen onwelgevallig zijn. Zo kan er beroep worden ingesteld tegen beslissingen van het faculteitsbestuur over het bindend studieadvies, en beslissingen van de toelatingscommissie over toelating tot een premasterprogramma of masteropleiding. Verder kan er bijvoorbeeld ook in beroep worden gegaan tegen beslissingen van *examencommissies* en beslissingen van *examinatoren*.<sup>1</sup>

Het merendeel van de beroepen die bij het COBEX van de VU worden ingesteld, richt zich tegen beslissingen van *toelatingscommissies* en beslissingen over het *bindend studieadvies*. De bij het COBEX betwiste beslissingen van *examencommissies* gaan over zaken als de toelating tot examens, het goedkeuren van vakkenpakketten, het verlenen van vrijstellingen, en het opleggen van sancties wegens fraude of plagiaat. De aan het COBEX voorgelegde beslissingen van *examinatoren* betreffen meestal beoordelingen van tentamens, werkstukken, stages of afstudeerscripties.

---

<sup>1</sup> Een examinerator is een docent die door de examencommissie van de desbetreffende opleiding bevoegd is verklaard om tentamens en/of werkstukken van een bepaald vak of afstudeerthessissen te beoordelen.



Het COBEX voert ten aanzien van beslissingen van examinatoren voornamelijk een *procedurele toetsing* uit. Het college toetst hoofdzakelijk of de aangevochten beoordeling van het tentamen, het werkstuk of de scriptie op een juiste wijze tot stand is gekomen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag of de normbeantwoording van het tentamen in het voorliggende geval op een correcte en transparante wijze door de examiner is toegepast, of over de vraag of het beoordelingsformulier van een (bachelor- of master)scriptie voldoende zorgvuldig door de examiner is ingevuld. Het COBEX buigt zich slechts in beperkte mate over de *inhoudelijke kant* van de beoordeling. Deze wordt slechts dan door het COBEX vernietigd als er overduidelijk een inhoudelijk gebrek aan de beoordeling kleeft. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de examiner een bepaald antwoord fout heeft gerekend, terwijl dat antwoord vrijwel letterlijk is terug te vinden in het verplichte studieboek.

### **3 Samenstelling en werkwijze van het college**

Het COBEX aan de VU bestaat uit vijftien leden. Twaalf leden zijn afkomstig uit de wetenschappelijke staf. Drie leden zijn student. De voorzitter is een hoogleraar bestuursrecht. De voorzitter en de beide plaatsvervangende voorzitters moeten voldoen aan de vereisten voor benoembaarheid tot rechterlijk ambtenaar (rechter). Het COBEX wordt ondersteund door twee secretarissen. Zij voeren de correspondentie met de partijen en schrijven de uitspraken die door het college naar aanleiding van de ingestelde beroepen worden gedaan.

De werkwijze van het COBEX is vastgelegd in een Reglement van Orde. Deze regeling is gepubliceerd op de website van de VU ([www.vu.nl](http://www.vu.nl) > Geschillenloket).

### **4 Hoe moet beroep worden ingesteld?**

Het beroepschrift moet binnen zes weken nadat het desbetreffende besluit aan de student of aspirant-student is bekendgemaakt, worden ingediend. Van belang is dat het beroepschrift tijdig wordt ingediend, en compleet is. Als het beroepschrift niet tijdig wordt ingediend, wordt de appellant eerst in de gelegenheid gesteld om uit te leggen waarom hij niet eerder beroep kon instellen. Als daarvoor geen goede redenen worden aangedragen, kan het COBEX besluiten om het beroepschrift niet in behandeling te nemen. Het wordt dan niet-ontvankelijk verklaard.

Het beroepschrift dient ook compleet te zijn. De appellant moet in ieder geval een kopie meesturen van de beslissing waartegen beroep wordt ingesteld (het bestreden besluit) en moet daarnaast alle informatie en documentatie meesturen die van belang kan zijn voor de beoordeling van het beroep. Als het beroep niet compleet is, wordt de appellant in de gelegenheid gesteld om de ontbrekende gegevens alsnog aan te leveren (verzuimen te herstellen). Een voorbeeld: als de student aanvoert dat zij ziek is geweest en daarom niet aan bepaalde studieverplichtingen heeft kunnen voldoen, moet zij een doktersverklaring bijvoegen waaruit dat blijkt.

Appellanten veronderstellen nogal eens dat informatie die zij eerder aan bijvoorbeeld een studieadviseur of studentendecaan hebben verstrekt, ook bekend is bij het COBEX.

Dit misverstand moet nogal eens worden opgehelderd. Het COBEX kan alleen beschikken over informatie die appellanten zelf aanleveren.

## 5 Schikkingsgesprek

Als het beroepschrift tijdig is ingediend en compleet is, wordt het verder in behandeling genomen.

Het beroepschrift wordt door de secretaris doorgestuurd naar de desbetreffende examencommissie, met het verzoek om op korte termijn een gesprek te organiseren met de appellant. Als een examiner het bestreden besluit heeft genomen, moet ook de examiner voor het gesprek worden uitgenodigd. Doel van het gesprek is om na te gaan of een minnelijke schikking van het geschil mogelijk is. Dat betekent dat het orgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, bijvoorbeeld de examencommissie of de examiner, moet overwegen of het besluit in stand moet blijven dan wel in het voordeel van appellant moet worden gewijzigd.

Het verzoek om met de appellant in gesprek te gaan is uitdrukkelijk geen *opdracht* om te schikken. Dat wordt door studenten niet altijd goed begrepen. De examencommissie moet binnen drie weken aan het COBEX berichten of een minnelijke schikking tot stand is gekomen. Als er geen schikking is bereikt, moet de examencommissie een verweerschrift opstellen. In het verweerschrift wordt het bestreden besluit toegelicht, en wordt uiteengezet waarom de argumenten die de appellant heeft aangevoerd, volgens de examencommissie geen steek houden.

Het schikkingsgesprek mag van de wetgever niet worden overgeslagen en vormt een wezenlijk element van de beroepsprocedure. In het schikkingsgesprek kan aan de student een nadere uitleg gegeven over de feiten en omstandigheden die een rol hebben gespeeld bij het nemen van het bestreden besluit. Het gesprek kan door de student gebruikt worden om persoonlijke omstandigheden nader toe te lichten. Studenten durven heel persoonlijke zaken niet altijd volledig op papier te zetten.

De uitkomst van het schikkingsgesprek kan zijn dat de student zich neerlegt bij het besluit. Deze situatie doet zich voor als de student, nu hij een betere uitleg heeft gekregen, begrijpt dat er geen ander besluit mogelijk is.

Ruim de helft van de ingediende beroepen wordt geschikt, of na het schikkingsgesprek ingetrokken. Het beroep wordt dan door het COBEX niet verder in behandeling genomen.

## 6 Zitting van het college

Het verweerschrift dat de examencommissie heeft opgesteld, wordt naar het COBEX gestuurd en in afschrift naar de appellant. Vervolgens wordt het beroep behandeld in een zitting van het COBEX. Uit het COBEX wordt dan een kamer van vijf personen samengesteld, onder leiding van de voorzitter of één van de beide plaatsvervangend voorzitters. Leden nemen niet deel aan zittingen die gaan over zaken waarbij zij zelf be-

trokken zijn of zijn geweest. Geprobeerd wordt altijd een student deel te laten uitmaken van de kamer die het beroep behandelt.

Bij de zitting beschikt het COBEX over alle stukken in het dossier: het beroepschrift, het verweerschrift, en alle correspondentie tussen en met de partijen. De appellant (student) en de verwerende partij (meestal: examencommissie of examiner) worden beiden voor de zitting uitgenodigd. Zij kunnen tot drie dagen voor de zitting aanvullende stukken indienen.

Tijdens de zitting kunnen beide partijen hun standpunt mondeling toelichten. Het COBEX kan aan beide partijen vragen stellen. Een zitting duurt meestal 30 à 45 minuten per zaak, met incidentele uitschieters naar boven of naar beneden. De zittingen van het COBEX zijn openbaar, maar de processtukken zijn dat niet.

## **7 Uitspraak**

Na de zitting beraadslaagt het COBEX achter gesloten deuren om tot een uitspraak over het geschil te komen. Het beroep kan (deels) gegrond, (deels) ongegrond, of (deels) niet-ontvankelijk worden verklaard. Ook kan het college zich niet bevoegd verklaren om een uitspraak te doen. Vervolgens wordt de uitspraak op schrift gezet en voorzien van een motivering. De uitspraak wordt naar beide partijen gestuurd. De uitspraak wordt geanonimiseerd en gepubliceerd op de website van de VU ([www.vu.nl](http://www.vu.nl) > Geschillenloket).

Als een beroep gegrond wordt verklaard, houdt dat in dat het besluit waartegen het beroep is gericht, wordt vernietigd. Het COBEX kan niet zelf een nieuw besluit nemen in plaats van het vernietigde besluit. Wel kan het aan de verwerende partij opdragen om een nieuw besluit te nemen, met inachtneming van de aanwijzingen van het COBEX.

De uitspraak van het COBEX is bindend. Dat impliceert dat de uitspraak indien deze een vernietiging van het bestreden besluit inhoudt, moet worden uitgevoerd door het orgaan dat het vernietigde besluit heeft genomen. In de meeste gevallen is dan een examencommissie of een examiner aan zet. Soms is het besluit waarop de uitspraak van het COBEX betrekking heeft, echter afkomstig van een ander orgaan, bijvoorbeeld het College van Bestuur of een faculteitsbestuur. Dat andere orgaan moet dan de uitspraak van het COBEX uitvoeren.

Het orgaan wiens besluit door het COBEX is getoetst, heeft niet de mogelijkheid om de uitspraak van het COBEX aan te vechten bij een gerechtelijke instantie. Die mogelijkheid bestaat daarentegen wel voor de (aspirant-)student. Deze kan tegen de uitspraak van het COBEX binnen zes weken in beroep gaan bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs in Den Haag. Op deze beroepsmogelijkheid wordt onder elke uitspraak van het COBEX standaard gewezen.

## **8 Aantallen, verslaglegging en ontwikkelingen**

Het aantal beroepschriften is in de afgelopen vijftien jaar opgelopen van enkele per jaar tot ruim 200 per jaar. Daarvan wordt ca. 60% geschikt, ingetrokken of om andere redenen niet doorgezeten. In ongeveer 40% van ingediende zaken wordt door het CO-

BEX uitspraak gedaan. Ongeveer 20% van de uitspraken houdt in dat het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, bij voorbeeld omdat het beroep niet tijdig is ingediend. Sinds het bestaan van het COBEX aan de VU, begin jaren tachtig, heeft het COBEX ruim 850 uitspraken gedaan.

Hoewel het dus gaat om substantiële aantallen per jaar, vallen die aantallen ook wel weer mee als ze worden afgezet tegen de toename van de studentenaantallen in de afgelopen decennia (tot ongeveer 24.500 in 2018).

Het COBEX maakt jaarlijks een verslag van zijn werkzaamheden. Daarin wordt een kwantitatief en een kwalitatief overzicht gegeven van de ingediende beroepen in het verslagjaar en worden de uitspraken vermeld. De jaarverslagen worden gepubliceerd op de website van de VU ([www.vu.nl](http://www.vu.nl) > Geschillenloket).

Sinds een jaar of tien komt het geregeld voor dat de student juridische bijstand inschakelt om namens hem een beroepschrift in te dienen en de procedure te voeren. Het voordeel daarvan is, dat de ingediende dossiers meestal compleet en keurig op orde zijn. Aan de andere kant hebben advocaten weleens de neiging om het conflict groter te maken dan het is. Voor zittingen waar een advocaat bij aanwezig is, moet ook meer tijd worden genomen. Ook ouders van studenten verschijnen geregeld bij zittingen, en voeren namens de student het woord.

Ook zien we dat steeds meer studenten zich wenden tot het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs in Den Haag.

## **9 College van Beroep voor het Hoger Onderwijs**

Sinds 2010 kunnen niet alleen studenten van rijks- en gemeentelijke instellingen voor hoger onderwijs maar ook studenten van bijzondere instellingen zoals de VU, zich tot het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) wenden als zij het niet eens zijn met een uitspraak van het COBEX. Voor wat betreft de uitspraken van het COBEX van de VU, gebeurt dat diverse malen per jaar.

Het CBHO is een onafhankelijke instantie die rechtszaken behandelt op het terrein van het hoger onderwijs. Dit College wordt gevormd door twaalf rechters die worden ondersteund door een bureau in Den Haag.

Een student kan tegen betaling van een griffiegeld (€ 47,00) bij het CBHO in beroep gaan als hij het niet eens is met een beslissing van een orgaan van een instelling. Meestal gaat het daarbij om een uitspraak van het COBEX of een beslissing van het College van Bestuur. Het CBHO doet een einduitspraak over het desbetreffende geschil.

Wordt er beroep ingesteld tegen een uitspraak van het COBEX, dan wordt het COBEX uitgenodigd een verweerschrift in te dienen, en bij de zitting in Den Haag aanwezig te zijn. Indien de uitspraak van het COBEX betrekking heeft op een geschil waarbij de examencommissie betrokken was, wordt ook de examencommissie op de zitting verwacht. Het COBEX en de examencommissie trekken dan, namens de universiteit, samen op.

Meestal duurt het enkele maanden voordat een beroep op zitting wordt behandeld. Uiterlijk zes weken na de zitting wordt uitspraak gedaan. Als het beroep gegrond wordt

verklaard, moet de universiteit het griffiegeld aan de student vergoeden, evenals de proceskosten (als die er zijn) voor verleende rechtsbijstand, volgens het Besluit proceskosten bestuursrecht.

Het CBHO toetst scherp of de procedure binnen de VU correct is verlopen. Als daaraan iets mankeert, kan dat aanleiding zijn om het beroep gegrond te verklaren. Dat hoeft niet te betekenen dat de beslissing van de universiteit ongedaan wordt gemaakt, want het CBHO kan ook bepalen dat de rechtsgevolgen van de vernietigde beslissing in stand blijven.

Een voorbeeld: een student had beroep ingesteld bij het COBEX tegen het besluit van de examencommissie om aan haar een sanctie op te leggen wegens fraude bij het afleggen van een tentamen (COBEX 2017/10/741). Voordat de examencommissie tot haar besluit kwam, was de student uitvoerig in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze te geven. De examencommissie vond het daarom niet zinvol om, nadat de student bij het COBEX beroep had ingesteld, een schikkingsgesprek met de student te voeren. Het COBEX had die gang van zaken geaccepteerd en had het beroep ongegrond verklaard. Het CBHO oordeelde echter dat de examencommissie het schikkingsgesprek niet had mogen overslaan, en verklaarde het aldaar ingediende beroep gegrond, maar liet de rechtsgevolgen van de beslissing van de examencommissie in stand (CBHO 2017/064.5/CBE).<sup>2</sup> De VU moest de proceskosten aan de student vergoeden, maar verder schoot de student niets met de uitspraak op want de sanctie bleef overeind.

De uitspraken van het CBHO worden geanonimiseerd gepubliceerd op de website van het CBHO. Een procedure bij het CBHO is tijdrovend, maar de toetsing van de uitspraken van het COBEX door het CBHO levert zinvolle jurisprudentie op.

## **10 Enkele voorbeelden uit de praktijk**

Hieronder zal ik enkele uitspraken van het COBEX samenvatten. Deze geven een beeld van de aard en inhoud van de beroepschriften die in een zitting worden behandeld.

### *De beoordeling van een tentamen (uitspraak 2009/06/285)<sup>3</sup>*

Bij de inzage van de beoordeling van een tentamen constateert een student dat de antwoorden van twee vragen niet met de maximale beoordeling zijn gehonoreerd. De student heeft bij de voorbereiding gebruikgemaakt van de voorbeeldantwoorden die door de examinerator op Blackboard waren geplaatst, en heeft vrijwel de letterlijke tekst van het voorbeeldantwoord gebruikt.

De examinerator erkent dit, maar stelt dat het reproduceren van het voorbeeldantwoord niet de maximale score oplevert. De student moet een eigen argumentatie leveren of anderszins aantonen de stof verwerkt te hebben. Het COBEX overweegt dat dit laatste onvoldoende blijkt uit de aanwijzingen op het voorblad van het tentamen. Het be-

---

2 Deze uitspraak en andere uitspraken van het CBHO kunnen worden teruggevonden op de website van het CBHO (<https://www.cbho.nl/> > zaken > uitspraken).

3 Met behulp van de vermelde nummers kunnen de volledige uitspraken worden teruggevonden op de website van het COBEX van de VU ([www.vu.nl](http://www.vu.nl) > Over de VU > Contact/Routebeschrijving > Adressen en telefoonnummers > Geschillenloket).

roep wordt gegrond verklaard en het besluit wordt vernietigd. De examiner moet een nieuwe beoordeling opmaken.

*Het verdwenen nietje (uitspraak 2009/11/290)*

Een student heeft een schriftelijk tentamen gemaakt. Hij heeft het nietje uit de vijf bijeengehouden pagina's verwijderd en de pagina's los ingeleverd. Bij het nakijken constateert de examiner een onregelmatigheid: in één van de losse bladen ontbreken de gaten van het nietje. Op dit vel is één vraag beantwoord. De examencommissie stelt een onderzoek in en concludeert dat de losse pagina een kopievel moet zijn, omdat er wel zwarte stippen te zien zijn op de plaats van het nietje. Het antwoord op de tentamenvraag wordt ongeldig verklaard. Het eindresultaat van het tentamen wordt daarmee onvoldoende. De student gaat in beroep tegen het ongeldig verklaren van de beantwoording van de betreffende tentamenvraag. Het COBEX overweegt dat de examencommissie onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat appellant een onregelmatigheid heeft begaan. Het beroep wordt gegrond verklaard.

*De weigering om een stageplaats aan te bieden (uitspraak 2012/34/447)*

Een student gaat in beroep tegen het besluit van de examencommissie om haar geen nieuwe stageplaats aan te bieden. De student heeft de stage al zesmaal eerder gevolgd, zonder voldoende resultaat. De examencommissie ziet geen kans meer om een nieuwe stageplaats aan te bieden, omdat er geen stageplaats te vinden is die appellant wil begeleiden. De examencommissie twijfelt aan de competenties van de student. Het COBEX overweegt dat de inschrijving als student het recht geeft om deel te nemen aan het onderwijs, zodat er geen andere mogelijkheid is dan appellant opnieuw tot het onderwijs toe te laten en haar daadwerkelijk van onderwijs te voorzien. Het beroep wordt gegrond verklaard en de examencommissie wordt opgedragen om opnieuw te beslissing op het verzoek van de student om wederom een stageplaats aan te bieden.

*Ongeoorloofd toiletbezoek tijdens een tentamen (uitspraak 2014/29/571)*

Een student heeft een tentamen afgelegd en daarbij binnen twee uur gebruikgemaakt van het toilet. Toiletbezoek is gedurende de eerste twee uur van het tentamen niet toegestaan, om fraude tegen te gaan. De student heeft het toilet bezocht onder begeleiding van een surveillant. De examencommissie heeft besloten het gemaakte tentamen ongeldig te verklaren vanwege ongeoorloofd toiletbezoek. Tegen deze beslissing gaat de student in beroep.

Het COBEX stelt vast dat de examencommissie bevoegd is om ordemaatregelen vast te stellen zoals vermeld in de Regels en Richtlijnen. De formulering in de regeling laat de mogelijkheid open dat de examencommissie, ondanks dat de gedragsregels tijdens het tentamen niet worden nageleefd, niet besluit om het tentamen ongeldig te verklaren. De examencommissie behoort de motieven en de belangen van de student te wegens alvorens te besluiten of een en zo ja, welke, sanctie moet worden opgelegd. Een dergelijk afweging heeft de examencommissie niet gemaakt. Daarvoor was temeer reden nu uit het niet door de examencommissie weersproken relaas van appellant blijkt dat hij zijn blaas heeft geledigd terwijl de surveillant naast hem stond en fraude door het

toiletbezoek daarom nagenoeg is uitgesloten. Het beroep is gegrond, het besluit wordt vernietigd en de examencommissie dient een onderbouwde, nieuwe beslissing te nemen.

*Negatief bindend studieadvies (uitspraak 2013/43/521)*

Een student gaat in beroep tegen het besluit om aan hem een negatief bindend studieadvies toe te kennen. Aan het eind van het eerste studiejaar heeft hij onvoldoende studiepunten behaald. Hij heeft aangetoond dat de studievertraging het gevolg was van persoonlijke omstandigheden, namelijk de zorg voor een familielid. De BSA-commissie heeft hem daarom toegestaan de opleiding voort te zetten. Aan het eind van het tweede jaar heeft de student niet alle punten uit het eerste studiejaar behaald.

Het COBEX overweegt dat de student onvoldoende heeft aangetoond dat er een causaal verband is tussen de aangevoerde persoonlijke omstandigheden en de ontoereikende studieresultaten. Het beroep wordt ongegrond verklaard.

De student is tegen de uitspraak van het COBEX in beroep gegaan bij het CBHO. Het CBHO oordeelt dat het niet aan de student is om het causaal verband aan te tonen. Voldoende is de gestelde persoonlijke omstandigheden aan te tonen en dat die omstandigheden de studieresultaten nadelig hebben beïnvloed. Het is vervolgens aan de BSA-commissie om te motiveren waarom desondanks een causaal verband tussen de gestelde persoonlijke omstandigheden en het niet hebben behaald van de benodigde 60 studiepunten ontbreekt. Het CBHO oordeelt dat de BSA-commissie niet genoegzaam heeft gemotiveerd dat voormeld causaal verband ontbreekt, en dat het COBEX dit onvoldoende heeft onderkend. Het beroep wordt gegrond verklaard. De uitspraak van het COBEX en de beslissing van de BSA-commissie worden vernietigd (CBHO 2013/256.5/CBE).

*Schorsing door examencommissie (uitspraak 2015/28/643)*

Over het gedrag van een student zijn binnen een half jaar drie incidenten gemeld, waaruit blijkt dat de student niet-professioneel gedrag vertoont. Daarom wordt de student door de examencommissie voor zes maanden geschorst. De student mag geen tentamens afleggen en wordt uitgesloten van het onderwijs. Het COBEX overweegt dat de examencommissie niet de bevoegdheid heeft om een student uit te sluiten van het volgen van onderwijs. Die bevoegdheid komt toe aan het faculteitsbestuur of het College van Bestuur. De examencommissie is wel bevoegd om de student gedurende een bepaalde periode uit te sluiten van het afleggen van tentamens, maar alleen als is vastgesteld dat de student fraude heeft gepleegd. Het beroep wordt gegrond verklaard en de beslissing van de examencommissie wordt vernietigd.

*Plagiaat in groepsopdracht (uitspraak 2016/35/712)*

Drie studenten hebben samen een opdracht gemaakt. In het werkstuk is plagiaat vastgesteld. De opdracht wordt ongeldig verklaard en van het cijfer 0 voorzien. De studenten worden bij wijze van sanctie uitgesloten van de volgende tentamengelegenheid. Eén van de teamleden geeft toe verantwoordelijk te zijn voor het plagiaat. Een van de andere teamleden gaat in beroep tegen de opgelegde sanctie, en voert aan dat hij de eindredactie heeft overgelaten aan het teamlid dat verantwoordelijk is voor het plagiaat. Het COBEX



overweegt dat elk van de leden verantwoordelijk is voor het eindresultaat van de groepsopdracht en dat de appellant voldoende tijd heeft gehad om de eindredactie te controleren voordat het werkstuk werd ingeleverd. Het beroep wordt ongegrond verklaard.

*Plagiaat in groepsopdracht (uitspraak 2016/21/698)*

Drie studenten hebben samen een opdracht gemaakt. In het werkstuk is plagiaat vastgesteld. Het werkstuk wordt ongeldig verklaard, de studenten krijgen een aantekening in hun dossier en worden bij wijze van sanctie gedurende twee maanden uitgesloten van het afleggen van tentamens. Eén van de teamleden geeft toe verantwoordelijk te zijn voor het plagiaat. Het plagiaat is vlak voor het inleveren van de opdracht aangebracht. Een tweede teamlid verklaart dat hij geen bijdrage heeft geleverd aan de groepsopdracht en dus ook niet heeft geplagieerd. Een derde teamlid gaat in beroep tegen de opgelegde sanctie, omdat zij niet kon weten dat haar teamgenote plagiaat pleegde.

Het COBEX overweegt dat elk van de teamleden verantwoordelijk is voor het eindresultaat van de groepsopdracht, maar dat de opgelegde maatregel in het geval van appellante disproportioneel is, omdat gebleken is dat het plagiaat door een ander is gepleegd, en dat appellante niet op de hoogte van het plagiaat kon zijn. Het beroep wordt gegrond verklaard en de opgelegde sanctie wordt vernietigd.

*Het schrijven van een scriptie in het Nederlands (uitspraak 2017/03/734)*

Een studente gaat in beroep tegen de beslissing van de examencommissie dat zij haar scriptie niet in het Nederlands mag schrijven. De studente volgt een Engelstalige masteropleiding, maar de scriptie betreft een onderwerp dat dat uitsluitend van Nederlandse bronnen gebruikmaakt, ziet op het Nederlandse recht en de juridische verhoudingen binnen Nederland beschrijft. In de Onderwijs- en Examenregeling is bepaald dat het onderwijs van de betreffende opleiding in het Engels wordt gegeven en dat de tentamens in het Engels worden afgelegd.

Het COBEX overweegt dat de examencommissie op grond van de Regels en Richtlijnen kan afwijken van de instructietaal, indien de specifieke aard van de scriptie dat noodzakelijk maakt. De examencommissie heeft niet duidelijk gemaakt waarom zij in dit geval geen gebruik heeft gemaakt van de haar toegekende afwijkingsbevoegdheid. De specifieke aard van de scriptie in samenhang bezien met het feit dat nog niet eerder een beroep op deze afwijkingsbevoegdheid is gedaan, brengen met zich mee dat het college de zorg van de examencommissie voor een mogelijk omvangrijke precedentwerking niet overtuigend acht. Het beroep wordt gegrond verklaard en de bestreden beslissing wordt vernietigd.

*Het gebruik van een laptop tijdens tentamens in verband met dyslexie (uitspraak 2017/21/752)*

Een studente heeft te kampen met dyslexie en heeft de examencommissie verzocht gebruik te mogen maken van voorzieningen die de VU ter beschikking kan stellen. Zij vraagt onder andere of zij gebruik kan maken van een computer tijdens het afleggen van tentamens, omdat zij moeite heeft haar eigen slechte handschrift te lezen. Zij heeft haar verzoek onderbouwd met een deskundigenverklaring. De examencommissie heeft



de studente verlenging van de tentamentijd met 30 minuten toegestaan gedurende de gehele opleiding, maar stelt geen laptop beschikbaar omdat dit de studente zou bevoordelen ten opzichte van andere dyslectische studenten, en dit tot een stortvloed van aanvragen van andere studenten zou leiden. Het COBEX overweegt dat de examencommissie niet is nagegaan of het beschikbaar stellen van een laptop aan de studente leidt tot een onevenredige belasting van de VU. De beslissing is onvoldoende onderbouwd, en wordt daarom vernietigd. Het beroep is gegrond.

*Sanctie wegens fraude: mobiele telefoon tijdens tentamen (uitspraak 2017/52/783)*

Tijdens een tentamen constateert de hoofdsurveillant dat een student een mobiele telefoon bij zich heeft, hetgeen niet is toegestaan. De waarneming van de hoofdsurveillant is vastgelegd in het proces-verbaal. De student ontkent dat hij een telefoon bij zich had. De examencommissie hecht meer gewicht aan de verklaring van de surveillant, en legt de student een sanctie op: het tentamen wordt ongeldig verklaard. Tegen deze beslissing gaat de student in beroep.

Het COBEX overweegt dat voldoende aannemelijk is geworden dat de student een telefoon in zijn bezit had tijdens het tentamen. De voor de student belastende omstandigheden zijn nauwkeurig vermeld in het proces-verbaal, onder andere dat de telefoon ingeschakeld was. Naar het oordeel van het COBEX dient te worden uitgegaan van de juistheid van de verklaringen van de surveillant. Het beroep wordt ongegrond verklaard.

De student is tegen de uitspraak van het COBEX in beroep gegaan bij het CBHO. Naar het oordeel van het CBHO heeft het COBEX terecht beslist dat de examencommissie, gelet op de rapportage van de hoofdsurveillant, genoegzaam aannemelijk heeft gemaakt dat appellant tijdens het tentamen in bezit was van een mobiele telefoon en aldus fraude heeft gepleegd. Daarbij heeft het COBEX terecht zwaar gewicht mogen toekennen aan de in het proces-verbaal opgenomen gedetailleerde verklaring van de hoofdsurveillant. Daarbij betreft het CBHO dat de hoofdsurveillant ter zitting van het CBHO een consistent en zeer gedetailleerde beschrijving van het voorval heeft gegeven, dat de hoofdsurveillant er geen belang bij heeft om een onjuiste verklaring af te geven en dat niet aannemelijk is dat de hoofdsurveillant de rapportage in strijd met de waarheid heeft opgesteld, omdat een woordenwisseling tussen hem en appellant had plaatsgevonden. Het beroep wordt ongegrond verklaard (uitspraak CBHO 2018/014/CBE).

# Jan, voorzitter van de examencommissie

*A.M. (Anneke) de Laaf & R. (Rianne) van Empelen MSc*

Jaren geleden begon Jan Struiksma als voorzitter van de examencommissie en nam het stokje over van Paul Vlas.

Het is zacht uitgedrukt als we zeggen dat Jan zijn eigen stempel op het voorzitterschap heeft gedrukt. In de loop der jaren hebben wij tal van voorbeelden kunnen verzamelen die Jan typeren en hierover zouden wij een boek vol kunnen schrijven.

Gezien het in deze niet is toegestaan een volledig boek vol te schrijven, houden we het bij dit stuk.

Net als iedereen hebben wij Jan moeten leren kennen. Als je Jan voor het eerst ziet en meemaakt kan je een verkeerde indruk van hem krijgen. Dit begint al als je hem voor het eerst ontmoet.

Hij komt aangelopen in een spijkerbroek en strak shirt, op het moment dat jij daar in je netste kleren zit voor het sollicitatiegesprek, en je denkt: dat is niet de hoogleraar waarmee ik zo het gesprek heb. Maar niks blijkt minder waar. Jan blijkt zo eigenlijk altijd gekleed, tenzij je hem 's ochtends rond een uurtje of half 9 treft en hij net van zijn fiets stapt in volledig wielrennerstenue.

Jan in pak, dat is eigenlijk veel zeldzamer. Als je Jan in pak ziet rondlopen op de faculteit kun je er vanuit gaan dat hij naar een promotie gaat, er een visitatie is of er bullen uitgereikt worden.

Wat betreft die buluitreikingen, ook daar heeft Jan zijn eigen stempel op gedrukt. Geheel op eigen wijze leidt hij studenten door de uitreikingen heen. Van elk rechtsgebied, en zelfs daar buiten, weet hij wel wat af. Hij haalt de actualiteiten erbij en zorgt dat elke student kan stralen op zijn of haar eigen manier. Jan kan zelfs zo enthousiast zijn dat hij af en toe vergeet om de student ook nog aan het woord te laten. Maar na afloop staan er altijd wel een paar trotse ouders of opa's of oma's klaar om Jan te overladen met complimenten. Zijn charme zorgt er voor dat iedereen hem zijn eventuele schoonheidsfoutjes vergeeft.

Over die lading complimenten gesproken, ook bij een visitatie weet Jan altijd de examencommissie zo neer te zetten dat bij het praatje achteraf de examencommissie nog even apart wordt benoemd. Zijn tactiek? De drie speerpunten die de examencommissie heeft, altijd op soepele en subtiële wijze in de antwoorden op de vragen van de commissie te verwerken. Jan zorgt er altijd voor dat hij kan uitweiden over de individuele benoeming van examinatoren, de door hem ontwikkelde tentamenanalysetool voor open vragen en de steekproefsgewijze manier van het lezen van masterscripties elk jaar.

Nu is het niet zo verwonderlijk dat dit gebeurt, Jan heeft namelijk zelf ook in visitatiepanelen gezeten voor andere universiteiten. Hij weet dus precies wat zo'n visitatiepanel wel en niet wil horen!

Ook binnen de faculteit heeft Jan niet stil gezeten. Ver voordat wij onze intrede deden had Jan zijn sporen al verdiend en was van student, via promovendi en docent opgeklimmen tot hoogleraar. Maar alleen hoogleraar zijn en colleges geven is wat saai, dus heeft hij diverse functies bekleed, zoals portefeuillehouder onderwijs, secretaris van de examencommissie, voorzitter van de examencommissie en bijna decaan ... Maar Jan, zeg nou zelf, dat zou toch niks voor jou zijn geweest? Luisteren naar de regels die door het CvB worden opgesteld, politieke gevoeligheden wegen, je conformeren aan landelijke afspraken en het verminderde contact met studenten/les geven.

Toch zijn er ook vast voor ons nog vele verborgen talenten bij. Jan heeft namelijk een broertje dood aan opschepperij, wij moesten er dus via via achter komen dat hij heeft meegeschreven aan wetgeving, dat hij expert is op het gebied van omgevingsrecht en de voorzitter is van het Algemeen Bestuur van het Instituut voor Bouwrecht.

We kennen Jan echter wel heel goed vanuit ons werk als ambtelijk secretaris.

Officieel bestaat de examencommissie uit een voorzitter, een secretaris en een aantal leden, zo ook bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Zij komen een x aantal keer per jaar bij elkaar en bespreken dan de verzoeken en er wordt democratisch besloten. In de praktijk gaat het bij ons toch net even iets anders...

Als ambtelijk secretarissen zijn wij hier echt een onderdeel van de examencommissie. Onze mening wordt niet alleen meegewogen in het oordeel, maar ook zeer gewaardeerd. Jan heeft vertrouwen in ons, onze kennis en ons oordeel. We komen echt met elkaar tot besluiten, iedere mening wordt even zwaar gewogen.

De wekelijkse vergaderingen van de examencommissie zijn elke week anders. We behandelen niet alleen de voorliggende verzoeken, maar ook koppelt Jan terug wat er is besproken met docenten, het faculteitsbestuur of op VU-breedniveau. Hij vindt het belangrijk dat iedereen op de hoogte is van afspraken die zijn gemaakt. Aan het soort geheimhouding dat soms ten onrechte wordt betracht heeft Jan geen boodschap. Alles wordt gedeeld binnen de commissie. Gelukkig ook de verhalen in persoonlijke sfeer, zoals een telefoon die oververhit raakt waardoor een matras in de brand vliegt. We zeggen ook regelmatig tegen elkaar dat het goed is dat we vergaderen in een afgesloten gedeelte van het Initium met de deur dicht. Maar hetgeen dat uiteindelijk naar buitenkomt is altijd serieus en weloverwogen.

Soms krijgen collega's overigens wel wat mee van wat er binnen de vier muren van de vergaderruimte plaatsvindt. En niet in de laatste plaats door Jan zijn typerende bulderende lach. Het is voor iedereen die met Jan gaat samenwerken wel even wennen en de eerste keer lijkt het soms of je wordt uitgelachen. Maar als je Jan leert kennen weet je dat dit Jan is en dat zijn lach erbij hoort, hij zal nooit iemand uitlachen. En ja, ook dit typeert weer Jan zijn informele eigen stijl.

Net zoals zijn wandelingetjes over de afdelingen. Soms loopt Jan, zonder doel, over onze afdeling. Maakt een praatje, tekent wat bullen (als Elise hem in het vizier krijgt)

en kijkt even of er nog wat lekkers te halen is. Het is niet vreemd dat Jan als een van de weinige niet-onderwijsbureaumedewerkers weet waar die snoepjes verstopt zijn... Opnieuw geldt dat je Jan vaak eerst hoort lachen en dan pas ziet. En mocht hij een keertje niet zijn lach laten horen, dan nog hoor je dat hij er is aan zijn opvallende 'DUS...'.

Terug naar zijn werk als voorzitter van de examencommissie. Want hoeveel lol we tijdens de vergadering ook hebben, zoals gezegd zijn de uiteindelijke besluiten altijd serieus en weloverwogen. De beslissingen die moeten worden genomen zijn niet altijd even makkelijk. Voor de student hangt er veel van af en hij of zij haalt dan ook alles uit de kast om de examencommissie te overtuigen. Jan is een kei in het onderscheiden van de feiten en weet een verzoek altijd terug te brengen tot de kern. Hierbij is echter altijd plaats voor oprechte persoonlijke omstandigheden en worden deze altijd bij het oordeel betrokken. Jan heeft een groot hart en voelt goed aan wanneer het wel en niet gewenst is om van de regels en richtlijnen af te wijken.

Dat de besluiten niet altijd in het voordeel van de student uitvallen is logisch. Het is niet altijd makkelijk dit goed en duidelijk op papier te krijgen. Maar ook dan kun je altijd terugvallen op Jan, toch een jurist in hart en nieren. Hij weet moeilijke beslissingen altijd goed verwoord en onderbouwd op te stellen. Menig taalneuroot kan hier zijn plezier aan beleven.

Overigens is dit totaal tegenovergesteld aan de mails die Jan intern kan versturen. Waar er voor beslissingen hele prachtige volzinnen uit zijn duim worden gezogen (geintje) zijn de interne mails vaak (te) kort en krachtig. Een greep uit de mails van Jan: 'Mooi', 'dank', 'zeker', 'ok', 'eens', 'akkoord' en 'dat kan'. Zelfs als je Jan meerdere vragen stelt of voor een keuze stelt, dan nog volstaat hij met een van bovenstaande antwoorden. Dat kost ons weer een mailtje met uitleg dat een dergelijk antwoord niet volstaat, meestal krijgen we dan een mail met twee woorden terug: 'Sorry. XXX'.

Gelukkig is hij in de omgang wat minder kort door de bocht. Als we als examencommissie of BSA-commissie studenten zien past Jan zijn toon feilloos aan op de student die tegenover hem zit. Hetzelfde geldt voor de aanpak bij conflicten tussen studenten en docenten, Jan loopt langs bij de betreffende docent en zorgt dat hij precies weet hoe de vork in de steel zit voordat hij een oordeel vel't. De mening van beide partijen wordt zorgvuldig gewogen en er is absoluut geen sprake van partijdigheid.

Alleen huilende meisjes, dat is nog wel een punt. Bij BSA hoorzittingen, fraudezaken of COBEXzittingen. Zodra een meisje gaat huilen zie je Jan wee worden. Waar wij (vrouwen?) geneigd zijn juist sceptisch te reageren en ze te plaatsen in het hokje van de krokodillentranen, "trapt" Jan er elke keer weer in.

Jan, we gaan je missen.

Je jarenlange ervaring met en kennis van de faculteit, je juridische insteek en je aanpak met betrekking tot het afhandelen van allerlei zaken. Maar het meest gaan we je missen op persoonlijk vlak. Hoe je ons het vak hebt geleerd, je persoonlijke betrokkenheid en natuurlijk alle vele gezellige en soms hilarische momenten. We zullen met weemoed terugdenken aan de Chocotoffs bij de BSA-gesprekken (het meest onhandige snoepje om snel en subtiel tussen twee gesprekken door op te eten).

Voor ons gevoel hebben de ambtelijk secretarissen altijd een mooi plekje gehad in je hart. Je leeft mee met ons, bent oprecht blij als we terug zijn van vakantie of verlof en laat altijd je waardering blijken in woorden en daden.

Het is nu echt tijd om dit stuk af te sluiten, we hebben genoeg veren aangereikt voor de komende tijd om op te teren. Want het is maar afwachten of je tijdens je pensioen ook zo kan stralen en uitblinken als je de afgelopen jaren hebt gedaan. Maar weet dan dat je wat ons betreft altijd weer welkom bent, voor een kop koffie of als Emeritus lid van de examencommissie.

Het was een voorrecht om tijdens jouw voorzitterschap ambtelijk secretaris te zijn.

# Verwant in een zeker verband

*Prof. mr. drs. F.C.M.A. (Lex) Michiels*

Er zijn mensen in je vakgebied die gedurende je loopbaan als het ware met je meelopen. De kans daarop is het grootst als ze van ongeveer dezelfde leeftijd zijn als jij zelf bent. Jan en ik zijn praktisch even oud. De kans dat dit zou gebeuren was dus tamelijk groot en zo is het ook inderdaad gegaan. Ik heb met Jan meegelopen en hij met mij. Het begon ergens eind jaren tachtig, toen ik een kersverse UHD in Utrecht was en Jan eens oriënterend kwam praten met Peter van Buuren en mij, dat wil zeggen: met Peter, en ik mocht daar bij zijn. Dat leidde niet meteen tot samen optrekken, maar enkele jaren later gebeurde dat alsnog, toen ik naar de VU vertrok en in de afdeling (vakgroep) staats- en bestuursrecht samen met Jan kwam te werken. Zeker, er waren andere beeldbepalende personen in die afdeling, zoals Hendrik-Jan de Ru en Herman Bolt, maar de eerste werd al snel decaan, dus die had andere prioriteiten, en de tweede werkte al in deeltijd toen ik kwam en ging vervolgens helemaal weg (naar de Centrale Raad van Beroep). Als piepjonge hoogleraar had ik in de praktijk van alledag het meest te maken met Jan Struiksma. Over die VU-periode, die ik bij mijn afscheid eind 1999 geheel conform het Bijbelse taalgebruik dat zo bij de VU past, heb gekenschetst als de zeven vette jaren, valt veel goeds te zeggen, niet in het minst in relatie tot Jan. Dat komt hierna, maar eerst wijs ik op de bijdrage van Sjoerd Zijlstra over 'onze' afdeling, in 'Ridders van het recht, De juridische faculteit van de Vrije Universiteit, 1880-2010,' p. 361-380.<sup>1</sup> Jan komt daar aan bod op p. 368-369 en wordt geheel terecht gekenschetst als iemand die 'een centrale rol speelt in de afdeling en de faculteit', als 'een sterk bindende figuur, dagelijks begeleider en steun en toeverlaat van verschillende promovendi en andere jonge medewerkers' en als 'succesvol promotor'. Ik vroeg me af of Sjoerd bij die jonge medewerkers mede het oog had op de jonge hoogleraar, maar mocht dat niet zo zijn, dan wil ik de geschiedschrijving op dat punt bij dezen aanvullen, want ook voor mij was Jan een steun en toeverlaat.

Waarin kwam dat tot uitdrukking? Allereerst was er een soort hartverwarmende kameradschap van leeftijdgenoten, die allebei veel gevoel voor humor hebben. Er werd dus veel gelachen, al dan niet (maar vaak wel) samen met collega's. Vermelding verdient dat Jan een legendarische lach heeft en dat hij zelden schroomt dingen, voorvallen etc. die hij leuk vindt 'hilarisch' te noemen. Dat geeft meteen iets aan van de neiging tot prettige overdrijving die hem eigen is. Dat is overigens tevens een prettige neiging tot overdrijving, omdat de overdrijving bij hem binnen de grenzen van de humor blijft en nooit schadelijk is. De humor zelf werd tot grote hoogten gebracht tijdens de lunches, maar vooral de tweedaagse vakgroepsuitjes. Aan het verblijf op Texel en ook dat in Domburg, om nog maar te zwijgen van de reis daar naartoe, bewaar ik in elk geval de beste herin-

---

1 In 2015 verschenen bij Prometheus Bert Bakker Amsterdam, onder redactie van J. de Bruijn, S. Faber en A. Soeteman.

neringen. Ook op sportief gebied vonden wij elkaar. Zo is Jan altijd een fanatiek fietser geweest - hij kwam regelmatig op de racefiets naar het werk en reed met gemak lange koersen in Frankrijk - en kijk ik graag naar wielervedstrijden...

Daarnaast was het voor mij natuurlijk ideaal om een expert op het gebied van de ruimtelijke ordening letterlijk naast me te hebben - we waren burens op de vijfde verdieping - want ik had me in Utrecht weliswaar onder meer met dat vakgebied beziggehouden, maar had anders dan Jan geen praktijkervaring op dat punt. Bovendien is Jan een systeembouwer, een bij uitstek analytisch denker, hetgeen onder meer blijkt uit zijn succesvolle boek *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht*, waarvan de eerste druk in 1996 verscheen. Vele studenten (en ik vermoed ook heel wat anderen) hebben het vakgebied aan de hand van dit boek betreden en (tot op zekere hoogte) onder de knie gekregen. Ook ik heb er veel aan gehad. Het laat mooi zien hoe iemand met een praktijkachtergrond tegelijk een analyticus kan zijn dan wel zich daartoe kan ontwikkelen. Jan heeft nog wel overwogen in de praktijk terug te keren, maar uiteindelijk had de wetenschap toch zijn voorkeur. Daar hoeft niemand rouwig om te zijn, niet alleen aan de VU, maar ook in het vakgebied van het bouwrecht, het RO-recht en in het bredere omgevingsrecht. Een ander hoogtepunt in Jans oeuvre is natuurlijk zijn proefschrift *Verwant zonder verband*, uit 1993, waarin hij de verhouding tussen de bouwvergunning en de milieuvergunning analyseerde, een boek dat ondanks de veranderde terminologie (omgevingsvergunning) en de onvermijdelijke ontwikkelingen richting Omgevingswet in zijn vraagstelling en zoektocht naar oplossingen, althans wat de inhoudelijke kant van de afstemming betreft, nog altijd actueel is. Met onder meer Jochem Spaans en Aletta Blomberg vormden wij een stevig smaldeel op het terrein wat later het omgevingsrecht ging heten. Een wat frivoler blijk van Jans systeembenadering is zijn onderscheid tussen normaalwetters, veelwetters en betweters, dat hij maakte in zijn bijdrage aan het vriendenboekje 'Lex specialis', dat ik bij mijn afscheid van de VU kreeg, eind 1999.

Jan heeft ook altijd een heel goede neus gehad voor het 'vinden' van uitstekende studenten die als student-assistent werden aangetrokken. Zonder iemand iets te kort te willen doen, denk ik dat alleen al met het noemen van Hemme Batjes en Jochem Spaans, twee ontdekkingen van Jan, bovenstaande uitspraak ruimschoots onderbouwd is. Hemme werd een kei (en hoogleraar) op het gebied van het vreemdelingenrecht en Jochem een zeer succesvol advocaat (en gewaardeerd auteur en docent). Ik heb in het geval van Jochem enorm van Jans goede neus mogen profiteren, waarvoor ik Jan heel dankbaar ben; Jochem is bij mij gepromoveerd (in 2002) en een vriend geworden. Mooi dat Jochems echtgenote, Marjolein Dieperink, eveneens advocaat, dan weer bij Jan is gepromoveerd (in 2009).

Jan zorgde in de tijd dat ik hem als directe collega meemaakte niet alleen voor veel vrolijkheid, hij kon anderen ook scherp houden. Hij stak zijn mening niet onder stoelen of banken. Ook dáárvan heb ik geprofiteerd. Omdat ik diezelfde eigenschap schijn te hebben, knetterde het wel eens tussen ons, soms stevig, maar nooit lang. Vergelijk het met een onweersbui: donder en bliksem, heel imposant, maar het was altijd ook zo weer voorbij. Dan was de lucht geklaard en konden we eendrachtig verder. De samenwerking had betrekking op vele terreinen, maar één ervan wil ik hier speciaal noemen: het derdegeldstroomproject in opdracht van het ministerie van (toen nog gewoon) Binnenlandse Zaken, waarbij we kort gezegd moesten verkennen of bouw- en milieuvergunningen

zouden moeten kunnen worden geweigerd als die werden aangevraagd door lieden die daarmee strafbare feiten zouden willen plegen, zoals het witwassen van zwart geld. De taakverdeling was dat Jan het grootste deel van het werk deed, en dat ik me kon beperken tot het samen met hem bespreken van de opzet, het geven van commentaar op de conceptteksten en het woord voeren in de gesprekken met de opdrachtgever. Het door Jan geschreven onderzoeksrapport 'Gewapend bestuursrecht' (1994) heeft ten grondslag gelegen aan de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Bibob). De credits voor het welslagen van ons project komen dus voor het overgrote deel aan Jan toe. Op het vlak van de integriteit heeft Jan ook goed werk verricht bij de begeleiding van Anita van den Berg - als ik mij niet vergis ook al een gouden ontdekking van hem - bij haar proefschrift (verschenen in 2012). Een ander project waarin Jan en ik samenwerkten was er een in de eerste Awb-evaluatieronde, dat leidde tot de publicatie 'Besluiten over ruimtelijke ordening, milieu en standplaatsen' (1996).

Zo kom ik bij een tweede thema, dat verwijst naar de titel van deze bijdrage: onze verwantschap en de onderlinge band. Die was er in sterke mate en is daarna ook gebleven, al zagen we elkaar na mijn vertrek van de VU veel minder vaak. Wel werkten we nog samen aan het VBR-preadvies 'Naar een nieuw omgevingsrecht' (2012) en zagen we elkaar op tal van wetenschappelijke en minder wetenschappelijke bijeenkomsten. Die verwantschap heeft allereerst betrekking op onze karakters. Wij zijn beiden gedreven, soms te ongeduldig, roeien regelmatig tegen de stroom in, en hebben allebei een 'grote bek', maar bedoelen het o zo goed. (Hahaha, hilarisch!!) Wat ons bij de vele (al dan niet gezamenlijke) onderwijs- en onderzoeksactiviteiten verbond, was een gezamenlijke afkeer van dikdoenerij. Ook waren we beiden in ons werk sterk gericht op het contact met anderen. We zochten zakelijk en persoonlijk contact ook met collega's van buiten de afdeling, hetgeen exemplarisch mag worden genoemd voor de ruimere neiging tot het opzoeken van grenzen en het regelmatig overschrijden daarvan. Dat laatste gold dan uiteraard alleen voor grenzen waarvan het goed is om die te overschrijden. Jan is altijd een facultaire man geweest, nooit alleen een afdelingsman. Hij heeft zijn sporen binnen de faculteit ruimschoots verdiend, door uitoefening van onder meer de functies van lid van het faculteitsbestuur en voorzitter van de examencommissie. Als portefeuillehouder onderwijs in het faculteitsbestuur was hij trouwens mijn opvolger; over verwantschap gesproken.

Verwantschap was er natuurlijk ook op het door ons beoefende vakgebied van het bestuursrecht in het algemeen en het omgevingsrecht in het bijzonder, al legde Jan daarbinnen andere accenten dan ik en was hij onbetwist een van de echte RO-mannen in Nederland, getuige ook zijn voorzitterschap gedurende vele jaren van het Instituut voor Bouwrecht (waaronder het RO-recht wordt gerekend) en zijn lidmaatschap van het enigszins geheimzinnige, naar het schijnt belangwekkende, maar in elk geval exclusieve (voormalige) genootschap De kleine kaart.

Anders dan destijds (en eigenlijk nog steeds) gold voor de bouwvergunning en de milieuvergunning, zijn Jan en ik niet alleen verwant, maar moet die verwantschap worden gesitueerd in een zeker verband. Let wel: zeker heeft hier een dubbele betekenis. Het gaat in de eerste plaats om een niet precies (maar wel globaal) omschreven verband; vergelijk de uitdrukking 'een zekere' Struiksmā, die (onder meer) een RO-man schijnt te zijn en een heel goed docent. Daarnaast durf ik rustig te zeggen dat het verband zeker



is, in de betekenis van niet onzeker, vaststaand dus. Met andere woorden: het verband is er zeker (en vast). Moge dat zo blijven. Jan, het ga jou en je gezin heel erg goed en geniet van de nieuwe vrijheid!

# De logica van Jan Struiksma

*Prof. dr. J. (Jan) van Mill*

In 2014 werd ik benoemd tot lid van de CWI, de Commissie Wetenschappelijke Integriteit van de VU en het VUmc. De andere leden waren Jan Struiksma - voorzitter -, en Guy Widdershoven. Als commissielid heb ik Jan en Guy goed leren kennen. Jan is jurist, Guys vakgebied is medische filosofie en ethiek, en ik ben wiskundige. Ondersteuning kwam van Fieke Smitskamp. De universiteiten nemen schendingen van de wetenschappelijke integriteit terecht steeds serieuzer en de VU is daarop geen uitzondering. Vandaar dat het een goede zaak is om klachten op het gebied van wetenschappelijke integriteit te laten behandelen door een vaste commissie. Het was uiteraard pionieren geblazen in die begintijd. Wat opvalt bij Jan is dat hij langs strikt logische lijnen denkt. Aan hem is een wiskundige verloren gegaan! Elke redenering wordt langs de lijnen van de propositiologica opgebouwd en het is daarom zeer moeilijk zo niet onmogelijk om gaten te schieten in zijn conclusies. Recentelijk vertelde Guy mij dat ook hij een wiskundige achtergrond heeft, hij heeft wiskunde gestudeerd aan de Universiteit van Amsterdam! Leve de wiskunde zou ik willen zeggen, onmisbaar voor de CWI! Wetenschappelijke integriteit is een prachtig toepassingsgebied van de wiskunde. Ook Fieke Smitskamp reken ik enigszins tot het kamp van de wiskunde. Naast haar ondersteunend werk voor de CWI, werkt zij aan een tool om historische fonetische patronen en emotionele uitingen in theaterstukken te analyseren. Bij zoiets heb je echt een heleboel wiskunde nodig, als je het mij vraagt (niet doen dus).

De propositiologica is eenvoudig van opbouw maar beperkt in uitdrukkingsmogelijkheid. Zou de CWI daarom meer baat hebben bij andere types van logica? Laten we eens dicht bij huis beginnen door de intuïtionistische logica van onze nationale trots Luitzen Egbertus Jan Brouwer (1881-1966) in de beschouwingen te betrekken. Brouwer was een geniaal Nederlands wiskundige en filosoof. Hij is zo beroemd dat hij zelfs op een postzegel staat! In de intuïtionistische logica is de regel van de uitgesloten derde (tertium non datur) niet geldig. Dat wil zeggen, als het niet waar is dat een bepaalde uitspraak niet waar is, dan is het niet noodzakelijk waar dat die uitspraak waar is. Snapt u? Stel je voor dat Jan zich zou bekeren tot de intuïtionistische logica, hoe zou dat zijn werk binnen de CWI beïnvloeden? Intuïtionistische logica wordt vandaag de dag veel gebruikt in de informatica onder meer omdat correctheidsbewijzen van algoritmen in die context eenvoudiger te geven zijn. Is het daarom een slechte gedachte vragen over wetenschappelijke integriteit intuïtionistisch te benaderen? Door het intuïtionisme en de daaraan gerelateerde grondslagenstrijd kwam Brouwer in conflict met de gevestigde wiskundige elite van zijn dagen. Zelfs Albert Einstein heeft zich met de conflicten bemoeid. Het is daarom misschien maar beter om de verwarring niet te vergroten dat Jan zich tot de propositiologica blijft beperken, die heeft zijn waarde immers binnen de CWI bewezen. Aan een hernieuwde grondslagenstrijd hebben we absoluut geen behoefte.

Beste Jan, ik heb veel waardering voor de uiterst zorgvuldige wijze waarop jij je werk binnen de CWI hebt gedaan de laatste jaren. Ik heb veel van je logische aanpak geleerd en heb met veel genoegen met je samengewerkt. Hopelijk blijft dit nog enige tijd zo, ik wens je een goede tijd toe na je pensionering.

# De meest absurde grens van Europa?

*Prof. mr. S.A.J. (Solke) Munneke*

‘Van het punt van doorsnijding, bij art. 15 vermeld, tot het aanrakingspunt der drie departementen, zal de grenslijn onbepaald blijven, daar de beide commissien zich niet hebben kunnen verstaan over de wijze, hoe zou worden afgescheiden het kleine gedeelte van het kanton Aubel, hetwelk ingevolge het tractaat van der 31sten Mei en andere akten van het Congres van Weenen, aan het Koninkrijk Pruisen behooren moet.

Deze zwaarigheid zal aan de beslissing der wederzijdsche Gouvernemen ten onderworpen worden, die, om ze uit den weg te ruimen, dusdanige nadere maatregelen zullen nemen, als zij noodig zullen oordeelen.

In afwachting van deze beslissing, zal de gemeente Moresnet voorloopig de grensscheiding uitmaken; derwijze, dat het gedeelte dezer gemeente, gelegen ter linkerzijde van eene regte lijn, te trekken van het aanrakingspunt der drie kantons, tot het aanrakingspunt der drie departementen, in alle gevallen het Koninkrijk der Nederlanden zal toebehooren, even als dat gelegen ter regterzijde van eene lijn, te trekken van de grenzen van het kanton. Eupen, regtstreeks van het zuiden naar het noorden, tot hetzelfde aanrakingspunt der drie departementen, in alle gevallen tot het koninkrijk Pruisen behooren zal; en dat eindelijk het gedeelte van deze zelfde gemeente, tusschen deze beide linien gelegen, als het eenige zijnde, waarover redelijker wijze geschil kan bestaan, aan een gemeenschappelijk beheer onderworpen zal zijn, en door geen der beide mogendheden met krijgsvolk bezet zal mogen worden; alles onverminderd het hierboven vastgestelde, betrekkelijk het gedeelte van Moresnet, dat tusschen den grooten weg en het kanton Eupen begrepen is, welk gedeelte, bij art. 15 hierboven, reeds aan het koninkrijk Pruisen is afgestaan.’

## 1 Inleiding

Met bovenstaande woorden ‘loste’ artikel 17 van het beroemde Grenstractaat van Aken, het geschil tussen Nederland en Pruisen ‘op’, aan wie de strategisch belangrijke zinkspaatmijn ‘Altenberg’ (Vieille Montagne) zou toebehoren. Deze woorden betekenden ook de geboorte van Neutraal-Moresnet, meer dan 100 jaar lang het kleinste en onbekendste land van Europa. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Versailles op 10 januari 1920 hield het landje weer op te bestaan en werd Neutraal-Moresnet officieel bij België ingelijfd. Dat was overeenkomstig de wens van de bevolking, die de Belgische nationaliteit verkreeg.

Wie Jan Struiksma enigszins kent, weet dat zijn interesse breed is en dat deze zich dus ver buiten zijn eigenlijke vakgebied uitstrekt. Van de kwaliteit van tentamens tot de theoretische exercities van Hohfeld, en van gefotografeer tot gefiets, Jan draait er zijn hand niet voor om. En niet alleen weet hij in al die gevallen precies waarover hij het heeft, hij probeert die kennis ook steeds in de praktijk te brengen: door hard te fietsen,

mooie foto's te maken, theoretische boekjes te publiceren of de uitslag van tentamens op wiskundige wijze te analyseren.

Die brede, praktisch ingestelde belangstelling betreft ook de wonderbaarlijke lotgevallen van Neutraal-Moresnet. Neutraal-Moresnet was een zogeheten condominium, een stuk grond dat niet tot een enkel land behoort maar waarover de soevereiniteit door meerdere staten wordt gedeeld. Ook meer dan 100 jaar na dato kan dit staatsrechtelijk bijzondere verschijnsel op de warme belangstelling van Jan rekenen. Dat resulteerde bijvoorbeeld in jaarlijkse excursies naar Neutraal-Moresnet onder leiding van Jan en ondergetekende, waaraan de meeste collega's op de VU niet wisten te ontsnappen.

Maar inmiddels is elke grensmaal daar wel verkend, dus wordt het tijd de blik te verruimen. Daarom wil ik in dit stukje op zoek gaan naar een antwoord op de vraag: vormde Neutraal-Moresnet, in de woorden van Dröge, de meest absurde grens van Europa, of kan het nog gekker?<sup>1</sup> En wat verklaart eigenlijk het succes of het falen van een condominium? Hoe is het, met andere woorden, mogelijk dat Neutraal-Moresnet zo lang heeft bestaan? En als het nog absurder kan, waar moeten we dan zijn? Hopelijk leidt dit 'onderzoekje' dus tot nieuwe excursies in de toekomst, of anders toch ten minste tot een aardig stukje.<sup>2</sup>

## 2 Het succes van Moresnet

Neutraal-Moresnet was, als gezegd, een condominium. De centraal gelegen zinkmijn die Nederland en Duitsland elkaar niet gunden, leidde ertoe dat geen overeenstemming kon worden bereikt over het precieze verloop van de grens ter hoogte van het plaatsje Kelmis. De moeilijkheden waren zo groot dat de smalle halve ruit waarvan het noordelijkste puntje raakte aan de Vaalserberg de facto een min of meer onafhankelijke status kreeg én bovendien een waar smokkel- en gokparadijs werd.<sup>3</sup>

Het was overigens nog bijna misgegaan. In 1830 bereikten Nederland en Pruisen wel degelijk overeenstemming over de oplossing van dit probleem. De mijn zou naar Nederland gaan, en Duitsland zou het Hertogenwald krijgen. Gelukkig brak toen de Belgische opstand uit, waardoor Willem I andere zaken aan zijn hoofd had, en bovendien na verloop van tijd niets meer in het zuiden te vertellen had.<sup>4</sup> Er was anders ook nooit een vierlandenpunt geweest.

Een van de ingewikkeldste juridische vragen is die naar het toepasselijke recht in een condominium. Een condominium is immers eigenlijk niets anders dan een heel erg dikke grenslijn. Duidelijk is dat aan de ene kant het recht van staat A geldt, en aan de

---

1 Ph. Dröge, *Moresnet. Opkomst en ondergang van een verdwenen buurlandje*, Houten/Antwerpen: Uitgeverij Unieboek | het Spectrum bv, 2016, p. 45.

2 Dit is een volstrekt onwetenschappelijke bijdrage; er zijn nauwelijks tot geen primaire bronnen geraadpleegd en het meeste denkwerk, voor zover het die naam verdient, is sterk speculatief en nauwelijks onderbouwd. Ik meen zelf dat dit de leesbaarheid wel ten goede is gekomen.

3 Zeer aan te raden is het in noot 1 genoemde boek van Philip Dröge, uitgebracht rond de tweehonderdste verjaardag van het neutrale gebied. Ook het boekenweekessay van David van Reybrouck *Zink* (zie noot 4 hierna) is een aanrader.

4 D. Van Reybrouck, *Zink*, (boekenweekessay), Uitgeverij De Bezige Bij, 2016, p. 18.

andere kant het recht van staat B, maar wat geldt er voor die dikke grensstreep zelf? Geldt dan het recht van beide landen, of van geen van beide? Of zijn nog andere oplossingen denkbaar?

Die vraag speelt met name in condominia waar ook daadwerkelijk mensen wonen (dat is lang niet altijd niet het geval), of waar, zoals in het geval van Moresnet, het condominium een economische-strategische positie heeft. In de eerste jaren van Moresnet wilde men het toepasselijke strafrecht laten afhangen van de nationaliteit van de verdachte in kwestie. Dröge beschrijft het aldus:

‘Een Pruisische inbreker die in Kelmis een raampje intikt, valt onder het Pruisische strafrecht. Een Nederlandse ondernemer die er een zaak tegen een collega wil aanspannen, doet dat onder het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.’<sup>5</sup>

Die aanpak leidde uiteraard tot meer problemen dan oplossingen, want hoe om te gaan met de inwoners van Moresnet zelf? Welke nationaliteit hadden zij eigenlijk? Het voorheen bestaande Franse Keizerrijk was met de Slag van Waterloo en het Congres van Wenen verdwenen, en de soevereiniteit over Moresnet zelf werd door Nederland en Duitsland betwist. Bovendien zou een dergelijk rechtspluralisme wel erg gemakkelijk tot rechtsongelijkheid leiden, terwijl bovendien nog steeds moeilijke beslissingen zouden moeten worden genomen over de vraag wanneer welk recht *precies* van toepassing zou zijn.

Het getuigde dan ook van een bijna onduits, praktisch inzicht toen Pruisen in 1822 voorstelde om in het Neutrale gebied de oude Franse wetgeving van toepassing te laten blijven. De oude Code Napoléon en de oude Franse Code Pénal behielden zo hun betekenis. Gemoderniseerd werden zij uiteraard niet, anders dan in de omringende landen die hun rechtsstelsels voor een deel overigens ook op die Franse wetgeving hadden gebaseerd. De lijfstraffen die de oude Franse strafwet nog kende, moesten maar op de koop toe worden genomen.

Condominia zijn ook vandaag de dag minder zeldzaam dan misschien wordt gedacht, maar ze zijn vaak geen lang leven beschoren, en al helemaal niet als de (economische) belangen of spanningen toenemen. Het lijkt me niet uit te sluiten dat, ondanks alle kritiek op het verouderde rechtsstelsel, juist de gelding van deze oude wetgeving heeft bijgedragen aan het langdurige bestaan van Moresnet. Eigen rechtsregels, die onafhankelijk van het recht van de beide samenwerkende staten bestaan, vergroten immers de afstand tot die besturende staten en verkleinen daarmee het aantal confrontaties tussen die beide staten. En hoe minder conflicten, hoe beter. Een gestructureerd eigen rechtssysteem biedt stabiliteit en bevordert de zelfstandigheid en onafhankelijkheid. Uiteraard niet in een vacuüm - ook andere elementen hebben bijgedragen aan het voortbestaan van Neutraal-Moresnet - maar niet valt uit te sluiten dat dit eigen rechtssysteem, en de voorspelbaarheid die er het gevolg van was, een van de succesfactoren is geweest.

Voor de meeste condominia is deze ‘luxe’ positie er niet en moet bij problemen van geval tot geval naar bevind van zaken worden gehandeld en onderhandeld. Een dergelijke vorm van ‘maatwerk’ kan aantrekkelijk en praktisch klinken, en soms is zij dat ook wel,

5 P. Dröge, a.w., p. 56.

maar in een door afgunst, politieke spanningen en economische belangen gekenmerkt gebied als Neutraal-Moresnet zou zij waarschijnlijk eerder tot vergroting van de problemen hebben geleid dan hebben bijgedragen aan oplossingen.

Niet dat met de toepasselijkheid van het oude Franse recht de problemen allemaal opgelost waren natuurlijk. Neutraal-Moresnet kende bijvoorbeeld geen rechtbanken of gerechtshoven, dus rees nog steeds de vraag bij welke rechter men terecht moest. Met name op het terrein van de strafrechtspraak was daarvoor een originele oplossing bedacht. Strafzaken werden het ene jaar in Aken (dus in Pruisen) behandeld, het andere jaar in Luik (toen nog Nederland). Het jaar waarin de zaak begon was daarbij bepalend.<sup>6</sup> Zo pingpongte de rechtsmacht in strafzaken heen en weer tussen Nederland en Duitsland, ook al was het toe te passen recht noch dat van Nederland, noch dat van Duitsland.

Met deze korte schets van het (relatieve) succes van Moresnet kan worden volstaan. Het is nu tijd om verder te kijken, want Moresnet was niet het enige condominium in Europa, en ook niet het oudste. Daarvoor moeten we zuidelijker zijn....

### **3 Fazanteneiland**

We komen dan bij de grens tussen Frankrijk en Spanje, in de buurt van Baskenland. Ook daar treffen we al eeuwenlang een condominium aan, tot op de dag van vandaag. Een condominium waar het 'pingpongen' met de rechtsmacht zelfs tot de essentie is gaan behoren: het Fazanteneiland, het oudste nog bestaande condominium ter wereld.

Met een oppervlakte van nog geen 7000 m<sup>2</sup> is dit condominium een heel stuk kleiner dan Neutraal-Moresnet. Het is een eilandje gelegen in de rivier de Bidasoa, die de grens tussen Frankrijk en Spanje vormt. Om de zes maanden komen vertegenwoordigers van Spanje en Frankrijk naar het - verder onbewoonde - eiland om er de soevereiniteit officieel over te dragen: tussen 1 februari en 31 juli van elk jaar behoort het eiland namelijk tot Spanje, de overige zes maanden is het eiland officieel Frans grondgebied. En daarna neemt Spanje het bestuurlijke gezag weer over.<sup>7</sup> En zo gaat dat gepingpong al sinds de oprichting van dit condominium in 1659, toen bij het Verdrag van de Pyreneeën na een lange bloedige oorlog de vrede tussen Frankrijk en Spanje werd vastgelegd. Bepaald werd toen ook dat het eilandje waar het verdrag werd gesloten de genoemde bijzondere status zou verkrijgen, als symbool van vrede en neutraliteit.

Het bestuurlijk gezag wordt afwisselend uitgeoefend door de commandanten van de marine in respectievelijk San Sebastian en Bayonne, maar in de praktijk valt deze bestuurlijke taak grotendeels toe aan de burgemeesters van de Spaanse en Franse gemeente die aan weerszijden van de rivier liggen, respectievelijk die van het Spaanse Irun en van het Franse Hendaye.<sup>8</sup> Daarmee lijkt de bestuurlijke constructie dus wel iets op die van Neutraal-Moresnet. Ook daar wezen de beide regeringen immers een commissaris aan,

---

6 P. Dröge, a.w., p. 58.

7 Zie bijvoorbeeld: <https://www.amusingplanet.com/2016/10/pheasant-island-island-that-changes.html>

8 Zie: <https://www.bbc.com/news/stories-42817859>

maar werd de dagelijkse praktijk aan de burgemeester overgelaten, al was dat in het geval van Neutraal-Moresnet maar één persoon. Opschaling bij bestuurlijke moeilijkheden, een veelvoorkomend verschijnsel in de beginjaren van Neutraal-Moresnet is bij een onbewoond eiland als het Fazanteneiland natuurlijk zelden tot nooit nodig.

Het eiland is helaas niet voor publiek toegankelijk, maar dat voorkomt ongetwijfeld ook een hoop juridische ellende.<sup>9</sup> Er is overigens ook niet veel te zien. Afgezien van een witgrijze zuil op het eiland, die herinnert aan het daar gesloten vredesverdrag, is er eigenlijk niets. De uitoefening van de soevereiniteit beperkt zich dientengevolge feitelijk dan ook tot de werkzaamheden van de Franse en Spaanse plantsoenendienst: gras maaien en hier en daar een boom snoeien. Afgaande op de foto's die op internet zijn te vinden behoort onderhoud van het monument niet tot de werkzaamheden van de plantsoenendienst....

Dit zesmaandelijke pingpongen is redelijk uniek, maar we zouden ons kunnen afvragen of het strikt genomen het condominium niet zijn bijzondere karakter ontnemt: er is immers op elke dag van het jaar slechts één staat die de soevereiniteit over het grondgebied uitoefent. Van een condominium is dan eigenlijk geen sprake. Dat zou anders zijn als de soevereiniteit wel door beide landen wordt geclaimd, en slechts op praktische gronden de bestuurlijke taakverdeling om de zes maanden wisselt. Het zou kunnen dat dat het geval is; de schaarse, voornamelijk journalistieke, bronnen bekommeren zich niet over dergelijke juridische finesses. Het maakt de situatie voor het overige natuurlijk ook niet minder bijzonder.

Ook hier kunnen we de vraag stellen hoe het kan dat dit condominium al zo lang bestaat. De theorie leert immers dat condominiumia zelden een lang leven zijn beschoren. In het geval van Fazanteneiland lijkt het antwoord niet erg moeilijk. Het succes van dit condominium is zonder twijfel gelegen in zijn praktische betekenisloosheid: nauwelijks grondgebied, geen inwoners, en geen enkel economisch of ander belang; uitsluitend een symbolische waarde. Dat gezegd hebbend, moet wel worden opgemerkt dat het niet zo goed gaat met het Fazanteneiland. Als gevolg van natuurlijke erosie wordt het eiland steeds kleiner, terwijl geen van beide staten bereid lijkt in het behoud van dit louter symbolische eilandje te investeren. Ook het laten wapperen van de vlag van het land tot het grondgebied waarvan het eiland behoort, stuit tegenwoordig op bezwaren. Uit vrees de Baskische onafhankelijkheidsbeweging op ideeën te brengen heeft men besloten daarvan af te zien, en het schijnt dat om dezelfde redenen ook de ceremoniële soevereiniteitsoverdracht tegenwoordig wel achterwege blijft.<sup>10</sup> Wat op zich weer bewijs levert voor de stelling dat politieke spanningen het voortbestaan van een condominium aardig kunnen bedreigen.

## **4 De Moezel, de Sauer en de Our**

Tijd om verder naar het noorden te trekken, want er is meer te zien. Een van de meest langgerekte condominiumia bevindt zich namelijk tussen Luxemburg en Duitsland, met uitlopers tot aan België. Het betreft de rivier de Moezel en de daarmee verbonden rivie-

9 Omdat de rivier de Bidassoa aan de werking van de getijden onderhevig is, is het eiland bij laag water soms per voet bereikbaar. Dientengevolge wordt er soms wel illegaal gekampeerd.

10 <https://www.bbc.com/news/stories-42817859>.



ren de Sauer (Sûre) en de Our. Net als Neutraal-Moresnet, is de grens tussen Luxemburg en Duitsland het resultaat van het Verdrag van Wenen uit 1815, maar anders dan in het geval van Moresnet bestaat dit condominium tot de dag van vandaag. Pogingen van de Nazi's er een einde aan te maken zijn door juridisch verzet van Luxemburg in het verleden mislukt.

Het meest bijzondere aan dit condominium is wellicht nog het startpunt ervan. De rivier de Moezel, die ontspringt in de Vogezen, vormt niet alleen de grens tussen Luxemburg en Duitsland, maar zuidelijker eerst een deel van de grens tussen Frankrijk en Duitsland. Met die grens is niks aan de hand, dat wil zeggen: zij loop keurig door het midden van de rivier, op basis van het zogeheten *thalweg*-principe.<sup>11</sup> De linkerhelft behoort tot Frankrijk, de rechterhelft is Duitsland. Wie de loop van de rivier volgt, komt op een gegeven moment op de plek waar Frankrijk, Duitsland en Luxemburg elkaar raken, vlakbij Schengen. En daar gebeurt iets bijzonders. Want ten noorden van Schengen loopt de grens tussen Duitsland en Luxemburg niet meer door het midden van de rivier, maar gelijktijdig langs beide zijden van de rivier, een *T-shaped* drielandenpunt zogezegd. Het middenstuk is geen niemandsland, maar een gebied waarover de soevereiniteit tussen Duitsland en Luxemburg wordt gedeeld, een condominium dus.

Maar daarmee zijn we er nog niet. Deze grens tussen de drie landen doorsnijdt namelijk vlakbij Schengen een in de rivier gelegen eilandje, *Staustufe Apach* geheten. Het zuiden van dit eilandje is Frankrijk, maar het noordelijk deel van dit eilandje, boven de dwarsbalk van de T zogezegd, ligt in het condominium tussen Duitsland en Luxemburg. Wie op het eiland naar het noorden loopt, loopt op een gegeven moment dus zowel Duitsland als Luxemburg in. Strikt genomen is er dus ook helemaal geen sprake van een drielandenpunt maar van een drielandenlijn,<sup>12</sup> misschien wel de enige ter wereld. De conclusie kan dan geen andere zijn dan dat Duitsland, Luxemburg en Frankrijk een oneindige hoeveelheid drielandenpunten hebben....

Het condominium strekt zich over meer dan 100 km naar het noorden uit, waarbij het op een gegeven moment bij de plaats Wasserbillig 'overspringt' van de Moezel op de Sauer, die vanaf daar de grensrivier vormt, en nog weer iets verder, bij het gehucht Wallendorf-Pont, op de rivier de Our. Net onder het Luxemburgse Vianden houdt het condominium even op te bestaan, omdat de grens daar niet de rivier volgt, maar ten noorden van Vianden gaat het gewoon weer verder,<sup>13</sup> met als gevolg dat het condominium Moezel c.a. strikt genomen ook nog eens niet één aaneengesloten gebied is.... Op een goede topografische kaart is het condominium netjes met een dubbele grenslijn langs beide oevers van de rivieren aangegeven, Google Maps bakt er echter niks van.<sup>14</sup>

In de genoemde rivieren ligt een vijftiental eilandjes, die, anders dan het Fazanteneiland, gewoon door publiek bezocht kunnen worden, maar waar zo mogelijk nog minder valt

---

11 De liefhebber zij verwezen naar het lijvige boekwerk van Marc de Decker, *Europees internationaal rivierenrecht*, Maklu 2015, p. 690 e.v.

12 Of nog nauwkeuriger: drielandenlijnstuk.

13 Het loont de moeite er hier een goede topografische kaart bij te pakken. De camping aan de westzijde van de Our lijkt een uitstekende uitvalsbasis om hier de grenzen te verkennen.

14 En het zou me ook verbazen als Google Maps elke zes maanden de grenslijn bij Fazanteneiland netjes verlegt.

te beleven. Behalve dan natuurlijk alle juridische puzzels die bij een condominium horen. Ook liggen er over de rivier de Moezel natuurlijk bruggen. Dat roept de vraag op of het condominium zich, overeenkomstig het uitgangspunt '*cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*' vanaf het water ook naar boven uitstrekt, en dus ook de brug zelf tot het condominium behoort. Die vraag werd door een Duitse rechter in 1884 negatief beantwoord.<sup>15</sup> Volgens hem lag op de brug de grens tussen Duitsland en Luxemburg netjes in het midden. Honderd jaar later, in 1984, werd die beslissing in een grensverdrag tussen Duitsland en Luxemburg echter teruggedraaid, en werd bepaald dat ook de bruggen tot het condominium behoren.<sup>16</sup> Artikel 1 van genoemd verdrag bepaalde (voor zover hier van belang):

(1) Wo Mosel, Sauer und Our nach dem Vertrag vom 26. Juni 1816 die Grenze bilden, sind sie gemeinschaftliches Hoheitsgebiet beider Vertragsstaaten.

(2) Das gemeinschaftliche Hoheitsgebiet umfaßt die Luftsäule oberhalb sowie den Erdsockel unterhalb der Wasseroberfläche innerhalb seiner seitlichen Begrenzung; dies gilt auch bei oberirdischen und unterirdischen Bauwerken und Anlagen jeder Art. Inseln im gemeinschaftlichen Hoheitsgebiet gehören zu diesem Gebiet.

Het zou, bij wijze van *law in action*, heel aardig zijn om op zo'n brug of eilandje eens een klein strafbaar feitje te plegen en te kijken wat er gebeurt. Het pragmatisme dat aan het instandhouden van condominia eigen is, zal dan uitkomst moeten bieden; van legaliteit en rechtszekerheid zullen we het niet moeten hebben.

Ook hier kunnen we de vraag stellen naar het succes van dit nog steeds bestaande condominium. Gewezen is in dat verband wel op de voordelen van een dergelijk condominium, specifiek voor waterwegen. Immers, midden op het water is een heel scherpe grens toch niet eenvoudig met fysieke middelen te markeren, en bovendien is het onwaarschijnlijk dat schepen keurig aan één kant van die denkbeeldige lijn zouden blijven. In zo'n geval zou een scherpe lijn door het midden van de rivier vooral nadelen hebben, die het condominium niet heeft. Niet dat daar nu enorme voordelen aan zijn verbonden, maar het pragmatisme ervan past beter bij de realiteit van het scheepvaartverkeer. Een dergelijk condominium biedt dus voordelen als het naleven van gescheiden rechtsregimes de facto niet goed mogelijk is.

## 5 De Bodensee

Ondanks bovenstaande 'voordelen' mag het duidelijk zijn dat condominia vooral tot allerlei juridische puzzels en onzekerheid leiden. Maar het kan altijd erger... Nog ingewikkelder wordt het namelijk als de betrokken landen het zelfs niet eens kunnen worden over de vraag óf überhaupt sprake is van een condominium. En precies dat is al eeuwen het geval ten aanzien van de Bodensee, die de grens vormt tussen Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland. Een verdrag waarin is vastgelegd hoe de grenzen tussen de drie landen lopen voor wat betreft de Bodensee is er namelijk niet.

15 Zie Frank Jacobs, *The worlds most exclusive condominium*, <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/01/23/the-worlds-most-exclusive-condominium/>

16 Zie Archiv des Völkerrechts, 24. Bd., No. 3, STAATSGRENZEN / BOUNDARIES (1986), pp. 336-339, (<https://www.jstor.org/stable/40798212>).

De Zwitsers menen dat sprake is van een duidelijke afbakening en dat de grens tussen de drie landen door het midden van het meer loopt (de zogeheten '*Realteilung*').<sup>17</sup> Volgens de Oostenrijkers daarentegen behoort de gehele<sup>18</sup> Bodensee tot het soevereine gebied van elk van de drie (!) landen ('*Kondominium*'). Verrassend genoeg is er geen officieel Duits standpunt met betrekking tot deze kwestie. Wel - uiteraard - een dik proefschrift, waarin de vraag naar de grenzen in de Bodensee wordt omschreven als 'die meistbehandelte Grenzfrage im deutschsprachigen Schrifttum überhaupt',<sup>19</sup> en waarin geconcludeerd wordt dat noch het Zwitserse noch het Oostenrijkse standpunt als juist kan worden aanvaard, omdat daarover geen gedeelde rechtsovertuiging bij de betrokken partijen bestaat.<sup>20</sup> De consequentie daarvan is, volgens de auteur, dat de Bodensee als staatsvrij gebied moet worden beschouwd, dat onder de soevereiniteit van geen van de drie landen valt.<sup>21</sup>

Het interessante is dat in de rechtspraktijk de verschillen niet eens zo groot zijn met de situatie waarin wel een condominium zou worden aangenomen. Doen zich in de praktijk juridische moeilijkheden voor dan betreffen die, logischerwijs, de genoemde landen. Deze problemen worden dan in de praktijk gewoonlijk bij afzonderlijk verdrag geregeld. Het kan gaan om zaken als visserijrechten, om belasting ten aanzien van boten, of om zaken betreffende het toerisme op de Bodensee. Het Europees recht speelt daarbij een rol. Bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag in hoeverre sprake is van grensoverschrijdend verkeer. Ook is de vraag naar de grens met Zwitserland voor de EU natuurlijk een aandachtspunt. Het feit dat het condominium Bodensee (dan wel het staatsvrije gebied) zich niet uitstrekt tot het direct aan de kust gelegen water,<sup>22</sup> voorkomt ten aanzien van dit soort zaken overigens wel een hoop moeilijkheden. Voor het overige geldt ook hier natuurlijk dat de aanname van een condominium met betrekking tot het water ook voordelen biedt: voor degenen die zich op het water bevinden voorkomt het een hoop gedoe over de vraag op welke exacte plek nu exact welk rechtsregime van toepassing is. Maar het maakt dan wel uit of men de Zwitserse of Oostenrijkse waterpolitie treft...

Zo leert ook de Bodensee-casus ons wel iets. Strikt genomen is een condominium een gebied waarover de soevereiniteit wordt gedeeld en meerdere staten gelijktijdig, zij het in de praktijk in onderlinge overeenstemming, het gezag uitoefenen. In de praktijk lukt dat alleen door een zekere afstand tot het betreffende gebied te bewaren. Het gevolg van de bemoeienis van meerdere landen is dan dus vooral het ontbreken van bemoeienis van diezelfde landen, en de facto een grote mate van zelfstandigheid en onafhankelijkheid.

Het is dan ook helemaal niet zo gek dat wie voorbeelden van condominia ter wereld zoekt, in de literatuur zowel gebieden tegenkomt waar de soevereiniteit daadwerkelijk

---

17 Kahn, a.w., p. 240 (zie noot 20).

18 Nee, niet de gehele Bodensee. Op basis van de zogeheten *Haldentheorie*, geldt dat de wateren die direct aan de oevers liggen (bepaald als het water tot een gemiddelde maximale diepte van 25m) wel tot het grondgebied van de afzonderlijke staten behoren. Het condominium beperkt zich dan tot de 'Hohe See im engeren Sinn'. Zie Kahn, a.w., p. 240-242 (zie noot 20)

19 Het boek zelf draagt daar overigens behoorlijk aan bij.

20 Daniel-Erasmus Kahn, *Die deutschen Staatsgrenzen, Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfrage*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 233.

21 Kahn, a.w., p. 266-268.

22 Zie noot 18 hiervoor.

en expliciet wordt gedeeld, als stukken grond waarvan onzeker is of wel van een condominium sprake is, terwijl soms ook voorbeelden worden genoemd van stukken land die veeleer als niemandsland zouden moeten worden bestempeld.<sup>23</sup> Wat zij gemeenschappelijk hebben is veelal hun relatieve mate van onafhankelijkheid en zelfstandigheid, terwijl zij toch niet volledig zelf als soevereine staten zijn te kwalificeren.

## 6 En zo moet het niet...

Bij wijze van afsluiting van deze reis langs enkele condominia ten slotte een blik op de andere kant van de wereld. Als illustratie van hoe het in ieder geval niet moet, is er waarschijnlijk geen beter voorbeeld dan de eilandengroep die vroeger bekend stond als de Nieuwe Hebriden, door cynici gewoonlijk aangeduid als Pandemonium. De eilandengroep was algemeen erkend als de meest inefficiënte staatsvorm ter wereld. Het condominium is dan ook inmiddels ter ziele; sinds het einde van de zogeheten kokosnootoorlog in 1980 kennen we deze eilanden als Vanuatu, gelegen in de Grote Oceaan.

Zowel de Britten als de Fransen koloniseerden de eilanden in de achttiende eeuw en legden er plantages aan. In de loop der tijden ontstond op de eilanden zowel een Britse als een Franse gemeenschap, en daarnaast waren er uiteraard de oorspronkelijke bewoners. Rond 1970 bedroeg het totale inwonertal zo rond de 85.000. Voor het bestuur van dit alles werd een zeer ingewikkelde oplossing verzonnen. Nadat in 1886 door de koloniale machthebbers een gezamenlijke marine-commissie was ingesteld ter bescherming van de eigen onderdanen, viel in 1906 het besluit het gebied voortaan gezamenlijk te besturen. Zo ontstond wat na verloop van tijd in het Engels *The New Hebrides Condominium* heette, en in het Frans het *Condominium des Nouvelles-Hébrides*.

Maar een echt condominium was het toch ook niet, want de Britten en Fransen behielden hun claims van soevereiniteit ten aanzien van de eigen onderdanen, terwijl de eilanden voor het overige gezamenlijk werden bestuurd. Dat resulteerde in maar liefst drie eigen regeringen: een Britse, een Franse en een gezamenlijke. Met name de Britse en Franse regeringen, met aan het hoofd een resident, maakten de dienst uit, en moesten diens gevolge ook min of meer met elkaar in evenwicht worden gehouden. Als gevolg daarvan ontstond een bestuurlijke praktijk om elkaar zoveel mogelijk te kopiëren: in de samenstelling van het bestuur, in het aantal bestuurders, het aantal ambtenaren etc. Uiteraard reed de Britse Resident in een Jaguar, de Franse in een Citroen, maar voor het overige voerde gelijkheid de boventoon. Zelfs de vlaggenmasten van beide regeringsgebouwen waren bijvoorbeeld als gevolg van een informele afspraak exact even hoog.<sup>24</sup> Een en ander ging zo ver dat van vrijwel alles op de Nieuwe Hebriden zowel een Britse als een Franse versie bestond.<sup>25</sup> Er was dus Britse politie op het eiland, maar ook Franse, elk met eigen regels, en met eigen uniformen. Er was een Brits immigratiebeleid, maar ook een Frans immigratiebeleid (met als gevolg dat bezoekers konden kiezen onder welk

23 Zie bijvoorbeeld de door Dröge genoemde voorbeelden van plaatsen (niet per se door hem als condominium gekwalificeerd), die met Neutraal-Moresnet zijn te vergelijken; Dröge, a.w., p. 241 e.v.

24 *The Times News*, 10 mei 1973, p. 16. Zie ook de memoires van Keith Woodward, *A Political Memoir of the Anglo-French Condominium of the New Hebrides*, <http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/p297671/pdf/ch013.pdf>

25 En soms óók nog een condominiumvariant voor het gezamenlijke bestuur.

van deze regels ze het land wensten te bezoeken).<sup>26</sup> Er waren Britse verkeersregels en er waren Franse verkeersregels, Britse gevangenissen en Franse gevangenissen. Er was Britse gezondheidszorg en er was Franse gezondheidszorg, een Brits onderwijssysteem en een Frans onderwijssysteem, twee munteenheden, en jawel, zelfs afwijkende openingstijden voor winkels (de Franse winkels openden om 7 uur, de Britse om 7.30 uur; de Britten lunchten vervolgens een half uur later). Met twee verschillende talen<sup>27</sup> verliep ook de onderlinge communicatie natuurlijk verre van vlekkeloos. Documenten moesten voortdurend over en weer worden vertaald. Over zaken als belastingen moest overeenstemming worden bereikt, wat op deze manier jaren kon duren, met als gevolg dat nauwelijks belasting werd geheven. In combinatie met het soepele Britse ondernemingsrecht leidde dat vervolgens tot de vestiging van tal van dubieuze bedrijven in dit belastingparadijs.

Uiteraard was ook de rechtspraak dual opgezet, met Britse rechtbanken en Franse rechtbanken, maar - enige punt van nationale eenheid - er was een Gezamenlijk Hof, bestaande uit drie rechters: een Franse rechter, een Britse rechter en - verrassing - een voorzitter die werd aangewezen door de koning van Spanje.<sup>28</sup> Lokale ingezetenen mochten zelf kiezen onder welke jurisdictie zij wilden vallen en berecht wensten te worden. Niettemin kwamen zij er over het algemeen slecht van af, omdat zij noch tot het Franse noch tot het Britse deel behoorden en officieel derhalve als statenloos werden aangemerkt. Wilden zij naar het buitenland, dan moest hun reisdocument bijvoorbeeld door zowel de Britse als de Franse gezaghebber worden ondertekend. Met name deze positie van de oorspronkelijke bewoners leidde tot verzet en tot een onafhankelijkheidsstreven in de jaren zeventig, dat vervolgens het einde van het condominium inluidde.

De sporen van dit schizofrene systeem zijn tot op de dag van vandaag zichtbaar op Vanuatu, want ook sinds de onafhankelijkheid van 1980 kent het land niet alleen nog steeds twee talen, maar ook twee verschillende schoolsystemen, Brits en Frans, en ook verschillende politieke partijen. Met terugwerkende kracht oogt het bestuur van Neutraal-Moresnet dan ineens als een toonbeeld van efficiëntie.

## **7 Tot slot**

Het mag duidelijk zijn dat condominia er wel bij varen als het aantal conflicten zo laag mogelijk blijft. Het ontbreken van inwoners helpt enorm, evenals een gebrek aan economische of politieke betekenis. Is er wel reden tot conflict, dan is een condominium gewoonlijk geen lang leven beschoren. Het is wat dat betreft een wonder hoe lang Neutraal-Moresnet heeft bestaan.

Maar, betekenisloos of niet, duidelijk mag ook zijn geworden dat er nog genoeg bijzondere staatsrechtelijke grenzen en gebieden te verkennen zijn. Hopelijk laat de uitnodiging voor een excursie dus niet lang op zich wachten!

---

26 Zo werd een visumaanvraag van een Amerikaanse bezoeker door de Britse resident afgewezen, maar de hernieuwde aanvraag aan Franse kant vervolgens alsnog toegekend.

27 Dat is dan de meer dan 100 lokale talen niet meegerekend.

28 Wat wel een probleem was toen in 1931 de Spaanse monarchie werd afgeschaft.

# Het College van Beroep voor de Examens vanuit bestuursrechtelijk perspectief

*Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren*

## **1 Hoe ik Jan Struiksma leerde kennen - onderwerp van deze bijdrage**

Eerste indrukken laten vaak de diepste sporen na. Nadat ik na mijn afstuderen aan mijn eerste baan was begonnen, bij de vakgroep Staats- en bestuursrecht van de VU, was Jan Struiksma één van de eerste nieuwe collega's die erbij kwam. Jan kwam de vakgroep in 1990 versterken als universitair docent. Hij zou zich speciaal gaan bezighouden met het ruimtelijke ordeningsrecht en op dat terrein een proefschrift gaan schrijven. Dat heeft hij met verve gedaan. En hij heeft aan de VU een heel mooie carrière gemaakt, zo mooi zelfs dat hij nooit meer is weggegaan. Dat laatste kan ik niet zeggen, maar elke keer als ik terugkwam (na een buitenlands onderzoeksverblijf of van een baan buiten de VU) dan was Jan er. Jan Struiksma is dan ook nu toe de meest constante factor in mijn loopbaan: met niemand heb ik zoveel jaren de werkvloer gedeeld.

Ik heb veel van hem geleerd: vroeger ging het uiteraard over de betekenis van het ruimtelijke ordeningsrecht, maar ook over volkshuisvestingsrecht en het belang van het recht van de fysieke leefomgeving in het algemeen. We spraken vooral veel over de wisselwerking van die bijzondere rechtsgebieden met het algemene bestuursrecht. Bovendien was en is Jan een echte praktijkman (wat zeker niet wil zeggen dat hij geen belangstelling voor wetenschap en methodologie heeft, integendeel!), terwijl mijn belangstelling, zeker destijds, vooral wetenschappelijk en theoretisch was, dus iemand als Jan hield (en houdt) mij met beide benen op de grond.

Jan heeft zich ook enorm ingezet voor de faculteit en de universiteit. Dat blijkt in het bijzonder uit zijn lidmaatschappen van het faculteitsbestuur en de facultaire examencommissie en verder uit zijn lidmaatschap van het College van Beroep voor de Examens van de VU en de Commissie Wetenschappelijke Integriteit eveneens van de VU. Van het College van Beroep voor de Examens is Jan maar liefst tien jaar lid geweest (2006-2016), waarvan een groot deel als plaatsvervangend voorzitter. Sinds enige jaren ben ik zelf voorzitter van het College van Beroep voor de Examens van de VU, dus het zal niet verwonderen dat een van de onderwerpen waarover wij de laatste tijd meer dan eens met elkaar hebben gesproken, de rol en taak van dit college is. Hoe moet het College van Beroep voor de Examens (doorgaans afgekort als Cobex of CBE) vanuit ons gemeenschappelijke vakgebied - het bestuursrecht - worden beschouwd? In hoeverre moet de

procedure bij het Cobex worden aangemerkt als een vorm van administratief beroep en in hoeverre wijkt het juist van die algemeen bestuursrechtelijke voorprocedure af?<sup>1</sup> En wat betekent dat, in het bijzonder voor de rechtszoekende student? Daaraan is deze bijdrage gewijd. Ik zal daarbij ook de positie van het Cobex bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO) betrekken.

## 2 Administratief beroep

In het algemene bestuursrecht is het belangrijkste verschil tussen het maken van bezwaar en het instellen van administratief beroep dat bij bezwaar tegen een besluit wordt opgekomen bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen, terwijl bij administratief beroep wordt opgekomen bij een *ander* bestuursorgaan dan hetwelk het besluit heeft genomen (art. 1:5 Awb). In de praktijk is dat andere bestuursorgaan steeds een hoger bestuursorgaan. Zo beschouwd, moet de procedure bij het College van Beroep voor de Examens op het eerste gezicht worden aangemerkt als een vorm van administratief beroep. Maar is het dat wel echt? Om deze vraag goed te kunnen beantwoorden is het van belang eerst even te kijken naar enige andere karakteristieken van het administratief beroep, omdat, zoals hierna zal blijken, die als ijkpunten kunnen fungeren voor een goede analyse van de beroepsprocedure bij het College van Beroep voor de Examens.<sup>2</sup>

Een ander verschil tussen bezwaar en administratief beroep is dat de bevoegdheid tot het instellen van administratief beroep alleen bestaat indien *bijzondere wetgeving* daarvoor een voorziening bevat, terwijl een dergelijke voorziening in bijzondere wetgeving voor de bevoegdheid tot het maken van bezwaar niet vereist is, nu de Awb daarvoor immers een algemene voorziening kent (art. 7:1 Awb). Voor de huidige bestuurspraktijk is de bezwaarschriftprocedure veruit de belangrijkste. Er zijn nog maar betrekkelijk weinig bijzondere wetten die administratief beroep voorschrijven, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW), die de grondslag biedt voor de bevoegdheden van het Cobex, is er daar evenwel één van. Vroeger was dat anders, toen kwam het administratief beroep nog zeer veel voor. Te denken viel in het bijzonder aan het Kroonberoep en het beroep op Gedeputeerde Staten, maar daarnaast kwam ook voor het administratief beroep op de gemeenteraad, het college van B&W, de Commissaris van de Koning (toen: Koningin) of op de minister.

Het administratief beroep vervult een *dubbele functie*. Het biedt de rechtszoekende een mogelijkheid tot rechtsbescherming én het fungeert als een vorm van bestuurlijk toezicht. De centrale vraag van deze bijdrage kan derhalve het best als volgt tot uitdrukking

---

1 P.J.J. Zootjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Bju 2019, p. 551 constateert terecht dat in de rechtspraak wordt gesproken over administratief beroep, maar laat de betekenis daarvan in het midden, aangezien die zijns inziens waarschijnlijk te maken heeft met de bijzondere taakopvatting van het CBHO ten aanzien van zowel openbare als bijzondere instellingen.

2 Het administratief beroep wordt in de bestuursrechtelijke handboeken van vóór de inwerkingtreding van de Awb tamelijk uitvoerig beschreven. In een bijdrage voor Jan Struiksma moet uiteraard een VU-handboek worden genoemd, dus volsta ik hier met: P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2 Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 182 e.v. Het is mooi bewerkt, zie recentelijk: R.J.N. Schlössels, R. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.



worden gebracht: in hoeverre vervult de Cobex-procedure deze beide functies en wat betekent dit voor de appellant?

Het belangrijkste materiële verschil tussen administratief beroep en beroep op de bestuursrechter is dat in administratief beroep zowel een rechtmatigheidstoetsing als een *doelmatigheidstoetsing* plaats kan vinden,<sup>3</sup> terwijl de rechter uitsluitend de rechtmatigheid van het voorliggende besluit beoordeelt. De invalshoek van de Kroon was dan ook veel meer een beleidsmatige dan een juridische.<sup>4</sup> De doelmatigheidstoetsing van het administratief beroep biedt aan het bevoegde (hogere) bestuursorgaan de ruimte tot het voeren van een eigen beleid, waarnaar het (lagere) bestuursorgaan dat de primaire besluiten neemt zich in beginsel dient te schikken. Juist hieruit blijkt de toezichtsfunctie die het administratief beroep (mede) vervult. Het verschil in de aard van de toetsing hangt uiteraard nauw samen met het verschil in positie die het administratieve beroepsorgaan en de bestuursrechter in ons staatsbestel innemen. Het administratieve beroepsorgaan maakt immers deel uit van het openbaar bestuur, terwijl de rechter daarvan onafhankelijk is.

Het karakter van het administratief beroep wordt nog duidelijker als we naar nog enige andere wezenlijke verschillen met de bestuursrechtspraak kijken. Een in het oog springend verschil is dat in administratief beroep de toetsing wordt verricht naar de stand van het moment waarop de beslissing in administratief beroep wordt genomen; met andere woorden: *ex nunc* toetsing. Dat gold in elk geval van oudsher voor het Kroonberoep (voor de andere vormen van administratief beroep golden niet steeds dezelfde regels). Bij bestuursrechtspraak daarentegen was toetsing *ex tunc* de hoofdregel en tot op zekere hoogte is dat nog steeds zo.<sup>5</sup>

Bovendien was en is het uitgangspunt dat het administratief beroepsorgaan, wanneer het het besluit geheel of gedeeltelijk vernietigt, zelf daarvoor *een nieuwe beslissing in de plaats stelt*. De Kroon kon zich destijds echter beperken tot een enkele vernietiging, met als gevolg dat het betrokken bestuursorgaan zelf een nieuw besluit moest nemen, zij het dat dit in de praktijk betrekkelijk weinig voorkwam.<sup>6</sup> Tegenwoordig is de hoofdregel voor het administratief beroep in de Awb gecodificeerd. Ingevolge art. 7:25 Awb dient bij een gegrond beroep het administratief beroepsorgaan het bestreden besluit te vernietigen en dient het voor zover nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit te nemen. Uit de rechtspraak blijkt uitdrukkelijk dat terugverwijzing naar het bestuursorgaan dat de primaire beslissing heeft genomen, niet mogelijk wordt geacht.<sup>7</sup>

Niet uitgesloten is dat de appellant door de uitspraak op zijn administratief beroep in een nadeliger positie terecht komt dan waarin hij zich daarvoor bevond. Zo verzwaarde

3 Vgl. nog recent uitdrukkelijk ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2866, AB 2018/360 m.nt. M.A.J. West, JB 2018/169 m.nt. L.M. Koenraad.

4 Zie uitvoerig: P.J.J. van Buuren, H. Bolt & M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep*, Deventer: Kluwer 1981, p. 18 e.v. en p. 296 e.v.

5 Zij het dat op de *ex tunc*-hoofdregel relatief veel uitzonderingen worden gemaakt, waarover het zeer lezenswaardige: N. Verheij, 'Tussen toen en nu', *JBplus* 2003, p. 26 e.v.

6 Van Buuren, Bolt & Scheltema 1981, p. 29, 30.

7 Zie o.a. ABRvS 16 maart 1995, ECLI:NL:RVS:AN4334, AB 1995/399 m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer, ABRvS 15 februari 2000, ECLI:NL:RVS:AA4912, JB 2000/93 en Rb Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:BC27027, AB 2008/46 m.nt. F.C.M.A. Michiels.



de Kroon soms ambtshalve de aan de vergunning verbonden voorschriften, waartegen beroep was ingesteld. Met andere woorden: *reformatio in peius* is in administratief beroep bepaald niet uitgesloten, terwijl bij de rechter daarvan geen sprake kan zijn.

### 3 Het rechtskarakter van de beroepsprocedure bij het College van Beroep voor de Examens

#### 3.1 Rechtsbescherming of bestuurlijk toezicht?

Elke instelling voor hoger onderwijs dient ingevolge art. 7.60 WHW over een college van beroep voor de examens te beschikken.<sup>8</sup> Het Cobex heeft tot taak te beslissen op het beroep tegen een betrekkelijk groot aantal limitatief in de wet opgesomde beslissingen (art. 7.61 lid 1 WHW). Het meest voorkomend zijn de beroepen tegen beslissingen van examencommissies en examinatoren. Te denken valt aan beroep tegen (de weigering van) vrijstellingen, de erkenning van keuzevakken, de toelating tot bepaalde vakken, extra tentamengelegenheden, beoordelingen van tentamens of scripties,<sup>9</sup> het vervallen verklaren van tentamens vanwege de overschrijding van de geldigheidsduur, een specifieke vermelding op het getuigschrift en het opleggen van sancties wegens plagiaat of andere vormen van fraude.<sup>10</sup> Daarnaast kan beroep worden ingesteld tegen beslissingen van commissies die een bindend studieadvies geven (kortweg: BSA-commissies) en beslissingen van toelatingscommissies voor masteropleidingen.

Wat is de functie van de beroepsprocedure bij het Cobex? Hoofdstuk 7 van de WHW kent een separate titel, titel 4, voor de “Rechtsbescherming van studenten en extranei”. Daarin is onder meer de Cobex-procedure geregeld. Uit de rubricering onder deze kop blijkt meteen al dat het in elk geval om een vorm van rechtsbescherming gaat. In de parlementaire geschiedenis van de WHW is zelfs van regeringszijde op opgemerkt dat het Cobex is “opgezet als een onafhankelijke rechter”.<sup>11</sup>

#### 3.2 Beroepsgronden en uitspraakbevoegdheden

Dat de rechtsbeschermingsfunctie voorop staat, blijkt nog sterker wanneer we de aandacht vestigen op de beroepsgronden. Ingevolge art. 7.61 lid 2 WHW kan het beroep worden ingesteld terzake dat een beslissing “in strijd is met het recht”. Het Cobex is dus uitsluitend bevoegd een rechtmatigheidstoetsing te verrichten. De doelmatigheidstoet-

---

8 Zie voor een beschrijving van de gang van zaken bij het Cobex: R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, diss. UL, Leiden University Press 2011, p. 496 e.v., L.H. van den Heuvel, ‘Het College van Beroep voor de Examens’, in: C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen (red.), *Met recht betrokken. Opstellen aan geboden aan prof. mr. T.J. van der Ploeg*, Deventer: Kluwer 2012, p. 116 e.v., M. Laemers, ‘Rechtspraak in het hoger onderwijs’, in: L. De Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Het verhaal van de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 171 e.v. en de bijdrage van Van Donk aan deze bundel met een aantal fraaie voorbeelden uit de VU-praktijk.

9 Zie de bijdrage van Vermeulen aan deze bundel over de vraag in hoeverre de rechter de beoordelingsbeslissingen kan toetsen.

10 Aan de VU worden in de jaarverslagen van het Cobex steeds de meest voorkomende beroepen vermeld (zie [www.vu.nl](http://www.vu.nl) > Geschillenloket).

11 Kamerstukken II 1988/89, 21 073, nr. 3, p. 140 (MvT WHW).

sing en daarmee samenhangende inhoudelijke beoordeling van het door de verweerder gevoerde beleid valt buiten de reikwijdte van de bevoegdheid van het Cobex.

Op dit punt wijkt de Cobex-procedure zeer af van wat bij administratief beroep in het algemene bestuursrecht gebruikelijk is. Immers, een wezenskenmerk van administratief beroep is nu juist dat het hogere bestuursorgaan bevoegd is zowel op doelmatigheid als op rechtmatigheid te toetsen. Art. 7.61 lid 2 WHW voorziet uitdrukkelijk in deze afwijking van de Awb: deze bepaling geldt “wat de openbare instellingen betreft in afwijking van hoofdstuk 7 van de Algemene wet bestuursrecht”. Ter voorkoming van misverstanden zij hier opgemerkt dat de bijzondere onderwijsinstellingen, zoals de VU, behoudens enige uitzonderingen, niet onder de werking van de Awb vallen.<sup>12</sup>

Dat het Cobex slechts bevoegd is een rechtmatigheidstoetsing te verrichten blijkt ook wanneer we kijken naar de oude formulering van de beroepsgronden in de WHW. Oorspronkelijk luiden deze beroepsgronden als volgt:

Het beroep kan worden ingesteld ter zake dat:

- a. de beslissing in strijd is met enig algemeen verbindend voorschrift;
- b. het desbetreffende orgaan bij het nemen van de beslissing van zijn bevoegdheid kenmerkend tot een ander doel gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden waartoe die bevoegdheid is gegeven;
- c. het desbetreffende orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen;
- d. de beslissing in strijd is met enig ander in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

De bestuursrechtjurist die al wat langer meeloopt - en dat geldt zeker voor Jan Struiksmā - herkent hierin onmiddellijk de formulering van de oude bestuursrechtelijke beroepsgronden van de Wet Arob e.d. De wetgever heeft voor de beroepsgronden van het Cobex uitdrukkelijk aangesloten bij de formulering van de beroepsgronden in de (toenmalige) bestuursrechtelijke wetgeving.<sup>13</sup> Vanwege de aanpassing aan de Awb zijn deze oude beroepsgronden over de hele linie van het bestuursrecht vervangen door de huidige.<sup>14</sup> Onder strijd met het recht moet hier zowel het geschreven als het ongeschreven recht worden begrepen.<sup>15</sup>

Vanwege de beperking van de beroepsgronden tot “strijd met het recht” is het Cobex niet bevoegd het beleid van de verweerder inhoudelijk te beoordelen. Het Cobex dient

12 De belangrijkste uitzondering is de beslissing tot afgifte van een getuigschrift dat het examen met goed gevolg is afgelegd, zie ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:AY4273, AB 2007/41 m.nt. B.P. Vermeulen. In de jurisprudentie wordt opmerkelijk genoeg ook de vaststelling van het instellingscollegegeld door een bijzondere instelling als een publiekrechtelijke rechtshandeling aangemerkt; zie HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, AB 2016/268 m.nt. F.J. van Ommeren & C.N.J. Kortmann, NJ 2017/35 (*Universiteiten/SCAU*) onder verwijzing naar uitspraken van het CBHO. Waarover: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijke overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 227, 228.

13 Kamerstukken II 1988/89, 21073, nr. 3, p. 140 (MvT WHW).

14 De huidige beroepsgronden zijn in de WHW ingevoerd bij de inwerkingtreding van de Wet modernisering universitaire bestuursorganisatie (Stb. 1997, 117). Zie Kamerstukken II 1995/96, 24 646, nr. 3, p. 30.

15 Het oorspronkelijke aan de Raad van State voorgelegde wetsvoorstel sprak van “strijd met de wet”. Gelukkig werd tijdig ingezien dat dat te beperkt zou zijn (Kamerstukken II 1995/96, 26646, B, p. 9).

de beleidsruimte van de examencommissie en andere verweerders te respecteren. Dit brengt dan ook met zich dat het Cobex het beleid van de verweerder *marginale of terughoudend* dient te toetsen. Voor zover verweerder beleidsruimte heeft wordt getoetst of hij “in redelijkheid” tot zijn beslissing is kunnen komen. Tot het uitzetten van (eigen) beleidslijnen ter vervanging van die van de examencommissies is het Cobex niet bevoegd. Indien de examencommissie bijvoorbeeld beleidsregels of andere algemene richtlijnen (de zogeheten Regels & Richtlijnen) heeft vastgesteld, zal het Cobex niet treden in de inhoudelijke afwegingen die aan deze beleidsregels ten grondslag liggen, behoudens de vraag of de examencommissie in redelijkheid deze regels heeft kunnen vaststellen. Wel zal het Cobex toetsen of en in hoeverre het voorliggende besluit in overeenstemming is met deze beleidsregels en of de beleidsregels niet in strijd zijn met hoger recht, zoals de WHW.

Dat het Cobex geen administratief beroep biedt dat gericht is op bestuurlijk toezicht, blijkt ook uit de uitspraakbevoegdheden. Art. 7.61 lid 5 WHW brengt expliciet de (beperkte) uitspraakbevoegdheden van het Cobex tot uitdrukking. Het college dient bij een gegrond beroep de beslissing geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Het Cobex is uitdrukkelijk niet bevoegd in de plaats van de geheel of gedeeltelijk vernietigde beslissing een nieuwe beslissing te nemen. Wel kan het college bepalen dat door verweerder een nieuwe beslissing wordt genomen onder door het college te stellen voorwaarden. Het orgaan waarvan de beslissing is vernietigd, dient voor zover nodig opnieuw in de zaak te voorzien met inachtneming van de uitspraak van het Cobex. Het Cobex kan daarvoor in zijn uitspraak een termijn stellen.

Een wezenskenmerk van administratief beroep is dat het beroepsorgaan, indien het het beroep gegrond acht, niet alleen het bestreden besluit vernietigt maar ook in de plaats daarvan een nieuw besluit neemt. Die laatste bevoegdheid heeft het Cobex echter juist niet. Ook hier wijkt de WHW (art. 7.61 lid 5) voor de openbare instellingen uitdrukkelijk af van dwingende bepalingen van de Awb (art. 7:25). Terwijl het Cobex op grond van de WHW verplicht is de zaak terug te verwijzen naar het orgaan waarvan de beslissing is vernietigd, teneinde een nieuwe beslissing te nemen, staat, zoals gezegd, het algemene bestuursrecht er juist aan in de weg dat een in administratief beroep vernietigde beslissing wordt terugverwezen.

Op de (beperkte) uitspraakbevoegdheden van het Cobex zal ik in de conclusie nog terugkomen. Daarbij is van belang om in het oog te houden dat de bestuursrechter - en dus ook het CBHO - wél over (verdergaande) uitspraakbevoegdheden beschikt aan de hand waarvan het geschil ingevolge art. 8:41a Awb zoveel mogelijk finaal moet worden beslecht.

### **3.3 Overige kenmerken van de Cobex-procedure**

In het algemene bestuursrecht fungeert de administratief beroepsprocedure als een mogelijke voorprocedure voordat de gang naar de bestuursrechter kan worden ingezet. Aangezien de Cobex-procedure zulke sterke rechterlijke trekken heeft, behoeft het niet geheel te verwonderen dat deze procedure over een eigen voorprocedure beschikt. Voordat het beroep in behandeling kan worden genomen dient ingevolge art. 7.61 lid 3 WHW eerst een *minnelijke schikkingsprocedure* te worden gevolgd. Het orgaan waar-

tegen het beroep is gericht is verplicht met de appellant in overleg te treden teneinde te bezien of een minnelijke schikking van het geschil mogelijk is. Het beroepschrift wordt pas door het Cobex in behandeling genomen indien een minnelijke schikking niet mogelijk is gebleken.

De Awb gaat uit van een ietwat ander model, waarbij de bezwaarschriftprocedure of het administratief beroep zelf de voorprocedure vormen voor de procedure bij de rechter. Tegelijk houdt de Awb er wel rekening mee dat het mogelijk is dat aan de administratieve beroepsprocedure een bezwaarschriftprocedure voorafgaat.<sup>16</sup> Van een echte afwijking van de Awb is hier dus geen sprake. Een en ander leidt uiteraard wel tot een mogelijke stapeling van procedures, te meer daar er na de Cobex-procedure de gelegenheid is de gang naar de rechter te volgen.

Hoewel de minnelijke schikkingsprocedure anders is opgezet dan een bezwaarschriftprocedure, is haar functie dezelfde: het bestuur de mogelijkheid geven tot heroverweging van zijn beslissing en het fungeren als filter voor de vervolprocedure. Zoals uit de jaarverslagen van het Cobex blijkt, werkt in ieder geval aan de VU die zeeffunctie erg goed.<sup>17</sup> Tegelijk wordt deze procedure, vanwege het verplichte karakter, ook vaak als een nodeloze herhaling van zetten ervaren, zeker als bij voorbaat duidelijk is dat partijen geen overeenstemming zullen bereiken en appellant sowieso de procedure bij het Cobex zal doorzetten. Niettemin is de rechter streng: het overslaan van de minnelijke schikkingsprocedure wordt niet geaccepteerd, ook niet indien beide partijen de zin van het volgen van deze procedure zelf niet inzien.<sup>18</sup> Een voorziening zoals die van art. 7:1a Awb, waardoor de voorprocedure met wederzijdse instemming kan worden overgeslagen, kent de WHW niet.

Ook het relevante tijdstip waarnaar wordt getoetst, verdient hier uiteraard de aandacht. Het Cobex toetst in beginsel aan het recht dat van toepassing was op het moment dat de beslissing werd genomen. Ook wordt uitgegaan van de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden op het moment dat de beslissing werd genomen. Met andere woorden: uitgangspunt is dat het Cobex *ex tunc* toetst. Ook in dit opzicht is de toetsing die door het Cobex wordt verricht derhalve veeleer van rechterlijke aard dan een beleidsmatige *ex nunc* toets zoals die traditioneel in administratief beroep wordt aangelegd.

Dit brengt met zich dat wanneer op de beslissing van de examencommissie de Onderwijs- en Examenregeling (OER) van het vorige collegejaar van toepassing is, *die* OER de regeling is waaraan wordt getoetst, ook als de OER van het jaar daarna gunstiger is voor appellant. Hetzelfde geldt voor latere wijzigingen van de WHW of andere wettelijke regelingen. De reden daarvoor is, ook hier, dat ingevolge art. 7.61 lid 2 WHW louter wordt getoetst op strijd met het recht. Dit neemt overigens niet weg dat het Cobex ook

16 Dit blijkt uit art. 7:16 lid 2 Awb, dat tot uitdrukking brengt dat het beroepsorgaan niet alleen de indiener, het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen en de belanghebbenden die bij het besluit hun zienswijzen naar voren hebben gebracht, maar ook de belanghebbenden die “bij de behandeling van het bezwaarschrift” hun zienswijze naar voren hebben gebracht. Vgl. Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 855, p. 247, die een zodanige stapeling van procedures als theoretisch bestempelen.

17 Zie eveneens de bijdrage van Van Donk aan deze bundel en voorts de jaarverslagen van het Cobex van de VU ([www.vu.nl](http://www.vu.nl) > Geschillenloket).

18 Zie o.a. CBHO 3 augustus 2016, 2016/029 ([www.cbho.nl](http://www.cbho.nl)).

feiten en omstandigheden in zijn overwegingen betreft die de examencommissie nog niet kon kennen, zoals bewijsstukken die ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing nog niet bekend waren of konden zijn.

Ook op een ander punt staat de Cobex-procedure ver af van de klassieke administratief beroepsprocedure. Zoals gezegd, is *reformatio in peius* in administratief beroep bepaalde niet uitgesloten. Aangezien het Cobex evenals de bestuursrechter louter aan het recht toetst, behoort er in de Cobex-procedure geen sprake van *reformatio in peius* te zijn. Appellanten kunnen met de uitspraak van het Cobex in zoverre dus niet slechter af zijn.

## 4 Beroep bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO)

In het licht van de hierboven genoemde stapeling van procedures is het ten slotte van belang te bedenken dat het administratief beroep - oorspronkelijk - niet steeds gevolgd hoefde te kunnen worden door de mogelijkheid van beroep bij de rechter. In het bijzonder het Kroonberoep werd beschouwd als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.<sup>19</sup> Dat gold overigens bepaald niet voor alle vormen van administratief beroep. Zo beschouwde de Hoge Raad het administratief beroep op de gemeenteraad niet als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. Juist in een bundel voor een ruimtelijke ordeningsman als Jan Struiksma mag dit niet onvermeld blijven, aangezien in het kader van de Woningwet het administratief beroep op de gemeenteraad in het bijzonder was opengesteld om op te komen tegen de verlening van bouwvergunningen, het doen van aanschrijvingen en enige andere beschikkingen van het college van B&W. De Hoge Raad overwoog uitdrukkelijk dat de wet de mogelijkheid om bij de gemeenteraad voorziening te vragen “geenszins met zodanige waarborgen heeft omringd dat zij als een bijzondere, beroep op de burgerlijke rechter uitsluitende, rechtsgang zou zijn aan te merken”.<sup>20</sup> Het gevolg daarvan was dat de burger ontvankelijk was in zijn vordering en dat de beschikking van het college van B&W derhalve “niet aan iedere toetsing door de burgerlijke rechter was onttrokken”.<sup>21</sup> Later werd de door de gemeenteraad in administratief beroep genomen beslissing vatbaar voor beroep op de bestuursrechter (destijds: Arob-beroep).

Ook na de Cobex-procedure staat, zoals thans na elke administratief beroepsprocedure, de weg naar de bestuursrechter open. Tegen een uitspraak van het Cobex kan tegenwoordig beroep bij de gespecialiseerde bestuursrechter, het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs (CBHO), worden ingesteld (art. 7.66 WHW). Tegen de uitspraken

---

19 Het Benthem-arrest (EHRM 23 oktober 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC9055, AB 1986/1 m.nt. Hirsch Ballin; NJ 1986/102 m.nt. Alkema) maakte daaraan een einde.

20 HR 22 februari 1957, ECLI:NL:HR:1957:163, NJ 1957/310; AB 1957, p. 555 m.nt. M. Troostwijk (Schel- en Deuropeners-arrest).

21 Over de betekenis die de burgerlijke rechter toekent aan de omstandigheid dat een bepaalde beroeps-gang geacht wordt met voldoende waarborgen te zijn omkleed, is een overvloed aan literatuur, men zie de moderne algemeen bestuursrechtelijke handboeken, waaronder: Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 709 e.v. en Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, nr. 789 e.v., p. 145 e.v. Zie voor de verhouding met het administratief beroep in de tijd dat er nog geen algemene bestuursrechtspraak was: J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen*, Deventer: Kluwer 1968, p. 79 e.v.

van het CBHO staat op grond van de WHW geen hoger beroep open. Het CBHO oordeelt derhalve in eerste en enige aanleg. Hoofdstuk 8 van de Awb is, met uitzondering van enige bepalingen, in art. 7.66 lid 2 WHW uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing verklaard.

Het CBHO is pas sinds 1 september 2010 bevoegd kennis te nemen van het beroep tegen de uitspraken van het Cobex. Voor die tijd was de algemene bestuursrechter (voor de openbare instellingen van hoger onderwijs) dan wel de burgerlijke rechter (voor de bijzondere instellingen van hoger onderwijs) daartoe bevoegd.<sup>22</sup> Dit is met name voor de bijzondere instellingen van hoger onderwijs een majeure wijziging, aangezien het CBHO een veel laagdrempeliger rechtsgang biedt dan de burgerlijke rechter.<sup>23</sup>

Tot voor kort werd in de lagere rechtspraak verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of de procedure bij het CBHO *exclusief* van aard is, net zoals dat bij de andere bestuursrechters het geval is. De Hoge Raad heeft evenwel tamelijk recent uitdrukkelijk overwogen dat het CBHO “een bij wet ingestelde onafhankelijke bestuursrechter [is] die beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang”.<sup>24</sup> Als het CBHO bevoegd is, moet een vordering bij de burgerlijke rechter derhalve in beginsel niet-ontvankelijk worden geacht. Anders dan het Cobex is het CBHO dus een echte bestuursrechter, die op grond van de Awb over de volledige verzameling aan uitspraakbevoegdheden beschikt die het bestuursprocesrecht hem aanreikt.

Bijzondere aandacht behoeft de vraag wie na de Cobex-procedure als verweerder moet worden aangemerkt in de procedure bij het CBHO. Ingevolge art. 7.66 lid 1 WHW is het CBHO bevoegd om kennis te nemen van het beroep “tegen een beslissing van een orgaan van een instelling van hoger onderwijs (...)”. Anders dan uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid,<sup>25</sup> duidt het CBHO het Cobex als partij aan. De examencommissie of andere verweerder in de Cobex-procedure is dus geen verweerder bij het CBHO.<sup>26</sup> Dat valt goed te begrijpen wanneer we de Cobex-procedure beschouwen als een vorm van administratief beroep. Zo bezien ligt het voor de hand dat de hoogste instantie van de onderwijsinstelling die over het besluit heeft geoordeeld, als verwerende partij bij de rechter moet optreden. Toch hoeft niet geheel te verbazen dat in de parlementaire geschiedenis en de literatuur - en zo is mijn ervaring: ook in de praktijk - wel wordt gedacht dat in een dergelijk geval de examencommissie de verweerder bij het CBHO zou zijn. De verklaring voor deze misvatting zal vast zijn dat de Cobex-procedure zulke sterke rechterlijke trekken vertoont, dat het moeilijk voorstelbaar is dat een soort van “rechter” als partij bij het CBHO fungeert. Toch is dat het geval.

22 In enige uitzonderlijke gevallen stond en staat ook tegen besluiten van bijzondere instellingen de weg naar de bestuursrechter open, zie noot 12.

23 De WHW biedt overigens de mogelijkheid aan de *bijzondere* instellingen van hoger onderwijs om in plaats van het CBHO een eigen “college van beroep bijzonder onderwijs” in te stellen (art. 7.68 WHW), maar van die mogelijkheid is geen gebruikgemaakt.

24 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, AB 2016/268 m.nt. F.J. van Ommeren & C.N.J. Kortmann; NJ 2017/35 (Universiteiten/SCAU). Waarover: J.A. de Boer & P.J.J. Zoontjes, ‘Naar duidelijkere rechtsbescherming in het duale bestel’, *NTOR* 2016, nr. 3, p. 161 e.v., Laemers 2018, p. 179 e.v. en Zoontjes 2019, p. 557 e.v.

25 Laemers 2018, p. 176.

26 Anders: Kamerstukken II 2008/09, 31821, nr. 3, p. 23.

Bezien door de bril van het administratief beroep is het ook logisch dat uitsluitend de (aanstaaende of voormalige) student en extraneus bevoegd zijn om tegen de uitspraak van het Cobex beroep in te stellen bij het CBHO (art. 7.66 lid 1 jo. art. 7.59a lid 3 WHW). Deze bevoegdheid komt dus niet toe aan de examencommissie of andere verweerders in de Cobex-procedure. Ook hier geldt dat wanneer het Cobex echter meer als een soort van interne rechter wordt beschouwd, het iets onevenwichtigs heeft dat niet beide partijen bij het CBHO terecht kunnen.

## 5 Conclusie en gevolgtrekkingen

In hoeverre is al met al de beroepsprocedure bij het Cobex te beschouwen als een vorm van administratief beroep? Vanuit het perspectief van de Awb is strikt genomen sprake van een administratief beroepsprocedure. Immers, de Awb vereist daarvoor in art. 1:5 lid 2 niet meer dan dat beroep moet worden ingesteld bij een ander orgaan dan hetwelk het besluit heeft genomen. Daarvan is zonder twijfel sprake. Maar op twee andere essentiële punten is er bij de Cobex-procedure eigenlijk geen sprake van administratief beroep in bestuursrechtelijke zin. Wezenlijk voor administratief beroep is immers dat het beroepsorgaan niet alleen toetst op rechtmatigheid maar ook op doelmatigheid. Die bevoegdheid heeft het Cobex niet. Het Cobex toetst uitsluitend op strijd met het recht. Een ander wezenlijk kenmerk van administratief beroep is dat het beroepsorgaan de bevoegdheid heeft om bij vernietiging van het bestreden besluit in de plaats daarvan een nieuw besluit te nemen. Deze bevoegdheid heeft het Cobex evenmin.

Bij de Cobex-procedure ligt alle accent op de rechtsbeschermingsfunctie. Groot verschil tussen de Cobex-procedure en administratief beroep is dan ook dat het Cobex niet in staat is het beleid van de instelling voor hoger onderwijs mede te bepalen. Doordat het Cobex uitsluitend bevoegd is te toetsen op strijd met het recht, vertoont deze procedure materieel gezien nogal wat rechterlijke trekken. Er is in feite sprake van een *in house* rechter. Het gevolg daarvan is bovendien dat het beroep bij het CBHO daardoor wordt ervaren als *hoger* beroep, hoewel het dat formeel gezien niet is.<sup>27</sup>

Het komt mij voor dat in de WHW de betekenis van deze rechterlijke rol van het Cobex onvoldoende is doordacht, vooral waar het de uitspraakbevoegdheden betreft. De bevoegdheden van het Cobex lijken sterk op die van de bestuursrechter, maar dan wel een gemankeerde bestuursrechter, nu het Cobex in aanvulling op de vernietigingsbevoegdheid niet beschikt over de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit geheel of gedeeltelijk in stand te laten noch over de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien.<sup>28</sup> Dit laatste maakt de Cobex-procedure naar mijn ervaring bij tijd en wijle nogal omslachtig. Het is gevolg ervan is dat meer dan eens nodeloos een nieuw besluit van verweerder moet worden afgewacht, ook ingeval uit een oogpunt van efficiëntie en snelheid een finaal besluit van het Cobex veel meer voor de hand zou hebben had gelegen. Indien verweerder geen beslissingsruimte meer heeft en op grond van de uitspraak

---

27 Zelfs in de parlementaire geschiedenis wordt het CBHO - ten onrechte - aangeduid als een externe rechter die "in tweede instantie" uitspraak doet (Kamerstukken II 2008/09, 31821, nr. 3, p. 23).

28 Zie voor een uitspraak waarin het CBHO precies datgene doet waartoe het Cobex niet bevoegd is, te weten het in stand laten van de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit: CBHO 19 juni 2017, 2017/064.5.



van het Cobex het duidelijk is hoe de nieuwe beslissing moet komen te luiden, zou appellant daarmee zonder meer gediend zijn. Met betrekking tot de uitspraakbevoegdheden van het Cobex is de WHW onvoldoende met zijn tijd meegegaan. In het licht van de rechtsbeschermingsfunctie en de eisen die tegenwoordig daaraan in het algemene bestuursrecht worden gesteld, is het dan ook niet overdreven de rechtsbeschermingsregeling van de WHW enigszins lacuneus te noemen.

## **6 Een bijzondere rol voor Jan Struiksma**

Ter afsluiting volgt hier nog een kleine anekdote, die iets laat zien van de bijzondere manier waarop Jan Struiksma - met grote kennis, vakbekwaam en zeer doelgericht, maar tegelijk bescheiden en in alle rust - zijn rol in en voor het Cobex vervulde. De procedure bij het Cobex vertoont, zoals hiervoor bleek, veel meer rechterlijke trekken dan een gewone administratief beroepsprocedure. Dat kan in de praktijk wel eens tot lastige situaties leiden. Wat te doen als een bepaalde examencommissie zichtbaar moeite heeft met een vaste koers van het Cobex of die eigenlijk niet goed begrijpt, hetgeen tot herhaalde vernietigingen en zichtbare frustraties bij de examencommissie leidt? Traditioneel spreekt een rechter alleen door zijn uitspraken. Zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid moeten immers voorop staan. Maar zo ver moet het Cobex niet gaan. In dat soort situaties is er behoefte aan een postiljon die begrijpt hoe afstand kan worden gehouden en toch ook een adequate uitleg kan geven. Gelukkig is dat niet vaak nodig. Maar als er iemand is die deze rol bij uitstek op het lijf was geschreven en - direct na het beëindigen van zijn lidmaatschap van het Cobex - met verve heeft vervuld, dan is dat wel Jan Struiksma. Oók hierom gaan we je missen, Jan!





# Het ene effect is het andere niet

## Enkele onderwijskundige observaties bij het debat over het 'civiel effect' van universitaire juridische opleidingen

*Prof. dr. R. (Renée) van Schoonhoven*

*Juristen en onderwijs: een op het oog wat moeilijke combinatie. Tenminste, zo wordt daar vaak in het onderwijsveld door leraren, pedagogen en onderwijskundigen over gedacht. Het gewroet in wetten en regeltjes, juristen eigen, past immers maar moeizaam bij de bevlogenheid en intrinsieke motivatie die nodig is om aan leerlingen en studenten les te kunnen geven. Met dat beeld voor ogen kwam ik zo'n tien jaar terug binnen bij de rechtenfaculteit. Tot mijn verrassing én grote opluchting bleek dat beeld helemaal niet te kloppen. Want, zo bleek al snel, het onderwijs werd gezien als kernactiviteit van de afdeling. En, zoals alle scholen en opleidingen eigen is, zo waren er binnen de afdeling ook échte onderwijsmensen werkzaam. Bevlogen en intrinsiek gemotiveerd om kennis, vaardigheden en waarden en normen van een vakgebied over te brengen op studenten. Die weliswaar zeer deskundig en hooggeleerd jurist waren, maar toch vooral ook onderwijsmensen in hart en nieren, zoals Jan Struiksma. Uit de boeiende onderwijskundige gesprekken die ik met Jan heb mogen voeren, wil ik in deze bijdrage één thema lichten, namelijk 'het civiel effect' van de juridische opleidingen aan de universiteit. Dan kan hij namelijk ook nalezen en toetsen of ik iets van zijn inzichten en boodschappen heb opgestoken.*

### 1 Inleiding

Wie vanuit een onderwijskundige traditie de wereld van de rechtswetenschappen betreedt, komt vroeg of laat de discussie tegen over 'het civiel effect' van de universitaire juridische opleidingen. Dat debat zal op die persoon in eerste aanleg wat bevreemdend overkomen, aangezien de term civiel effect buiten de rechtswetenschappelijke wereld een ruimere betekenis toekomt dan daarbinnen. Het ene civiel effect is blijkbaar het andere niet. Dat besef kan vervolgens aanleiding geven tot een meer onderwijskundige beschouwing van het debat over het civiel effect van de universitaire juridische opleidingen.

In deze bijdrage zal ik eerst ingaan op het concept civiel effect zoals dat in de onderwijskundige wereld doorgaans wordt gehanteerd (paragraaf 2). Aan de bevoegdheid tot het verlenen van dit civiel effect door scholen en onderwijsinstellingen zijn door de wetgever in de meeste onderwijssectoren programmatische voorwaarden gesteld, die hun verankering vinden in sectorale onderwijswetten (paragraaf 3). Aansluitend ga ik in op het civiel effect zoals dat begrip in de context van de juridische opleidingen wordt gehanteerd

(paragraaf 4). Daaruit vloeit een onderwijskundige duiding voort van het debat over het civiel effect van juridische opleidingen (paragraaf 5). Ik sluit deze bijdrage in paragraaf 6 af met enkele conclusies.

## 2 Over civiel effect in het onderwijs

Onderwijs geven houdt in dat mensen de maat wordt genomen. Hoe weten we anders of de inhoud hetgeen is onderwezen ook is over gekomen? In onderwijsland gebeurt dat door middel van toetsen, die velerlei vormen kunnen aannemen: repetities, overhoringen, presentaties, opdrachten, simulaties, multiple choice tentamens, enzovoorts. Qua aard en functionaliteit kunnen al deze vormen worden onderscheiden in *summatieve* en *formatieve* toetsen. Onder formatief toetsen verstaan we toetsen ter ondersteuning van het leerproces; het houdt in dat de docent bij de leerlingen of studenten gedurende het onderwijsproces nagaat of en in hoeverre leerstof beklijft en of wellicht bijsturing van de lessen nodig is. Van summatief toetsen is sprake als de docent de uiteindelijke leerprestatie van de leerling of student vastlegt. De cito-eindtoets in het basisonderwijs en de examens in het voortgezet onderwijs zijn bekende voorbeelden van summatief toetsen.

In ons onderwijsbestel sluiten leerlingen en studenten een schoolsoort af met een document dat gebaseerd is op zo'n uiteindelijke summatieve toets, aangeduid als diploma, getuigschrift of certificaat.<sup>1</sup> Een school moet bij het verstrekken van dat document de voorwaarden in acht nemen die daarover zijn opgenomen in de sectorale onderwijswetten, zoals de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO), de Wet educatie en beroeps-onderwijs (WEB) en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW).

Er zijn verschillende gronden aan te voeren voor de legitimiteit van overheidsregulering van deze diplomering.<sup>2</sup> Ten eerste heeft een diploma een *paspoortfunctie* voor de leerling of student: het verleent hem of haar toegang tot een vervolgonderwijs of tot een bepaalde positie op de arbeidsmarkt. Het diploma vertegenwoordigt een waarde, en verleent de ontvanger daarmee een bepaald recht of bepaalde status. Het is daarmee van belang dat het document op zorgvuldige wijze tot stand komt, en dat dit in gelijke gevallen op gelijke wijze gebeurt. Ten tweede functioneert het stellen van voorwaarden aan de diplomering als *kwaliteitsinstrument*. Alle scholen en instellingen dienen hun leerlijnen en opleidingen naar de voorwaarden in te richten. De voorwaarden formuleren in belangrijke mate het eindpunt (het wát) waarnaar het onderwijs gericht moet worden; waarbij overigens van belang is dat de wijze waarop (het hóe) - op grond van de vrijheid van inrichting die vervat is in artikel 23 van de Grondwet - in sterke mate aan de scholen en instellingen dient te worden overgelaten. In de derde plaats reguleert de

---

1 In beginsel kan overigens ook het schooladvies van de directeur van de basisschool worden beschouwd als een formele afsluiting van een schoolsoort. Dit schooladvies is echter niet enkel gebaseerd op een summatieve toets maar tevens op het beeld dat de leerkracht en directeur hebben van het ontwikkelproces dat de leerling heeft doorgemaakt (formatief).

2 Gebaseerd op P.W.A. Huisman, S. Philipsen en B.P. Vermeulen, 'Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering.' In: M.T.A.B. Laemers (red.), *Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering*. NVOR 2018, p. 24-25.

overheid met de voorwaarden *de doorstroom* in het onderwijsbestel; van belang is immers dat leerlingen niet al op jonge leeftijd ‘vast lopen’ in hun onderwijsloopbaan omdat hun diploma niet wordt geaccepteerd door vervolgonderwijs. Dat vraagt dan wel dat het diploma ook door dat vervolgonderwijs van afdoende waarde wordt gevonden, zodat de leerling of student ook toelaatbaar is tot de volgende stap in de leerloopbaan. Overheidsbemoeienis met de diplomering van schoolsoorten in het onderwijsbestel beoogt dus tevens de doorstroom van leerlingen en studenten in het bestel zo soepel mogelijk te laten verlopen.

Verbonden aan deze legitimiteit is voorts het civiel effect van een door de school of onderwijsinstelling afgegeven diploma: het document geeft de leerling of student toegang tot vervolgonderwijs, tot een beroepsgroep of de arbeidsmarkt (individuele waarde) en het schept verwachtingen jegens derden zoals werkgevers (maatschappelijke waarde).<sup>3</sup> Het besluit tot diplomering geldt dan ook niet alleen in het openbaar onderwijs, maar ook in het bijzonder onderwijs als een besluit genomen door een college met enig openbaar gezag bekleed zoals bedoeld in artikel 1:1, eerste lid onder b van de Awb (b-organen).<sup>4</sup>

### 3 De regulering van civiel effect in het onderwijs

Alle schoolsoorten in ons bestel voorzien in een formele, summatieve afsluiting en verstrekken op grond daarvan een document - diploma, getuigschrift of certificaat - waaraan enigerlei civiel effect, zoals hiervoor beschreven, is verbonden.

Een volgende vraag is dan: waaruit bestaan de diplomeringvoorwaarden die de wetgever oplegt aan scholen en onderwijsinstellingen? Over wat voor voorschriften hebben we het? Op hoofdlijn kunnen deze worden ingedeeld in voorschriften ten aanzien van (1) de opbouw en afname van de summatieve toets en de normen die gehanteerd dienen te worden bij de zogeheten slaag-/zakbeslissing en (2) de inhoud van de eindtermen waarop wordt getoetst. Het debat over het civiel effect in de juridische wereld ziet vooral op het tweede type, reden waarom ik in het vervolg van deze bijdrage voorschriften van het eerste type laat rusten.

In de meeste onderwijssectoren heeft de wetgever de inhoudelijke eindtermen van de schoolsoort in kwestie in het wettelijk kader verankerd. Zo formuleert ten eerste de Wet op het primair onderwijs (WPO) in artikel 9 voor de basisscholen een aantal kennisgebieden, die voorts zijn uitgewerkt in het Besluit vernieuwde kerndoelen<sup>5</sup>; er zijn in totaal 53 inhoudelijke eindtermen.

3 Ontleend aan Onderwijsraad, *Een diploma van waarde*. Den Haag: Onderwijsraad 2010, p. 19 en P.W.A. Huisman, S. Philipsen en B.P. Vermeulen, ‘Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering,’ In: M.T.A.B. Laemers (red.), *Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering*. NVOR 2018, p. 91.

4 Zie ook R. van Schoonhoven & P.W.A. Huisman, *Een nadere duiding van de schriftelijke onderwijsovereenkomst en de rechtspositie van de mbo-student*. Amsterdam / Rotterdam: NCOR 2018.

5 *Sib.* 2005, 551.

Ten tweede zijn er voor het voortgezet onderwijs:

- voor de onderbouw: de inhoudelijke domeinen vermeld in artikel 11b van de WVO, nader uitgewerkt in 58 globale kerndoelen in het Besluit kerndoelen onderbouw VO<sup>6</sup>;
- en voor de bovenbouw: de voorschriften uit de WVO ten aanzien van de vakken die in de profielen (havo/vwo) en de leerwegen (vbo en mavo) dienen te worden aangeboden, en de daarop en op artikel 7 van het Eindexamenbesluit WVO gebaseerde examenprogramma's per vak<sup>7</sup>; op basis van deze juridische infrastructuur wordt jaarlijks bepaald welke concrete (deel)onderwerpen in de centrale examens aan de orde zullen zijn.<sup>8</sup>

In de derde plaats stelt de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) voor het middelbaar beroepsonderwijs (mbo) op grond van artikel 7.2.4 WEB zogeheten kwalificatiedossiers vast; de mbo-instellingen dienen hun opleidingen naar de eindtermen uit deze dossiers in te richten. De dossiers worden opgesteld door de Samenwerkingsorganisatie Beroepsonderwijs Bedrijfsleven (SBB), een organisatie waarin de mbo-instellingen en de sociale partners uit de verschillende branches en sectoren vertegenwoordigd zijn. Daarbij wordt een model gehanteerd dat eveneens door de minister is vastgesteld.<sup>9 10</sup>

De WHW bevat echter geen voorschriften die, zoals in de andere onderwijssectoren, zien op de inhoudelijke eindtermen waaraan moet zijn voldaan alvorens het getuigschrift kan worden afgegeven (art. 7.11 WHW). Dit volgt uit artikel 1.6 WHW dat stelt dat in het hoger onderwijs sprake is van academische vrijheid; inhoudelijke overheidsbemoediging met het te verzorgen onderwijs zou daarmee in strijd zijn.<sup>11</sup> In deze sector wordt met name door middel van de accreditatie- en visitatiesystematiek (Hoofdstuk 5 WHW) en de taken en verantwoordelijkheden van de examencommissie (art. 7.12b WHW) geborgd, en dus niet via nadere inhoudelijke voorschriften van de wetgever, dat de opleidingen van voldoende kwaliteit zijn. Het civiel effect van het getuigschrift hoger onderwijs, in algemene zin gesteld, vindt daarmee zijn grondslag en legitimiteit niet zozeer in een inhoudelijke waarborg van overheidswege maar in professionele zelfregulering van de academische gemeenschap.

## **4 Het civiel effect van de universitaire rechten-opleiding**

Alle opleidingen in ons onderwijsbestel voorzien zoals gezegd in een summatieve afsluiting en een daarop gebaseerd document dat wordt afgegeven door het bevoegd

---

6 *Stb.* 2006, 316.

7 Regeling examenprogramma's voortgezet onderwijs; *Stcrt.* 2007, 111.

8 Zie [www.examenblad.nl](http://www.examenblad.nl) voor een indruk van de mate van gedetailleerdheid van de nadere voorschriften.

9 Op basis van artikel 7.2.4 WEB en het Examen- en kwalificatiebesluit beroepsopleidingen WEB, zie voor de betreffende regeling *Stcrt.* 2016, 10123.

10 Voor meer informatie zie <https://www.s-bb.nl/onderwijs/kwalificeren-en-examineren/kwalificatiedossiers>.

11 Zie ook J. Groen, *Academische vrijheid, een juridische verkenning*. Rotterdam 2017.

gezag van de school of instelling. Dat document - diploma, getuigschrift, certificaat - is met zodanige waarborgen omgeven dat van civiel effect sprake is.

Met het civiel effect van het getuigschrift dat wordt versterkt na succesvolle afronding van de universitaire rechtenopleiding wordt echter iets specifiekers bedoeld dan dit brede, algemene civiel effect. Gedoeld wordt dan namelijk op de omstandigheid dat de kwalificatie 'civiel effect' verbonden aan het getuigschrift, nodig is voor de toelating tot opleidingen voor en de beroepsuitoefening als advocaat of rechter. Deze kwalificatie wordt, indien aan de betreffende voorwaarden is voldaan, met het getuigschrift eveneens door de opleiding afgegeven.<sup>12</sup>

De achtergrond van deze kwalificatie is gelegen in onder meer artikel 2 van de Advocatenwet, dat stelt dat enkel als advocaat kunnen worden ingeschreven, zij die beschikken over de bachelor- én mastergraad van een universitaire rechtenopleiding. Uit het op dit artikel gebaseerde Besluit beroepsvereisten advocatuur vloeit vervolgens voort dat het betreffende afsluitende examen - samengevat - ten minste de vakken moet omvatten: privaatrecht, strafrecht en één van de drie vakken staatsrecht, bestuursrecht of belastingrecht. Beide bepalingen hebben als consequentie dat inmiddels de *postinitiële* opleidingen tot advocaat die verbonden zijn aan de advocatenkantoren, enkel kandidaten toelaten die beschikken over de aantekening 'civiel effect' bij hun getuigschrift. De Raad van de rechtspraak hanteert voorts bij de selectie van kandidaten voor de - eveneens *postinitiële* - opleiding tot rechter 'het civiel effect' als criterium.<sup>13</sup>

Om meer inhoudelijke richting aan dít specifieke civiel effect te geven, is er zoals bekend het Convenant inzake civiel effect, editie 2016. Partijen bij het convenant zijn de juridische faculteiten, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Raad voor de Rechtspraak en het Openbaar Ministerie. Inhoudelijk geeft het convenant de afspraken weer over (1) de cognitieve eisen waaraan de student-met-verklaring-civiel-effect in het algemeen en per vakgebied aan wordt geacht te voldoen en (2) het minimum aantal studiepunten (EC) dat per leerjaar aan elk van de hoofdvakken door de student-met-getuigschrift is besteed.

Het convenant is vervolgens in de universitaire onderwijspraktijk richtinggevend bij het opstellen van de onderwijs- en examenregeling (OER), meer specifiek: de daarin opgenomen eindtermen en de opbouw van het curriculum, van de juridische opleidingen. Daarmee garanderen de opleidingen dat hun studenten 'het civiel effect' kunnen verkrijgen dat ná de initiële opleiding nodig is voor toekomstige instroom in een *postinitiële* opleiding tot en de uiteindelijke beroepsuitoefening als advocaat of rechter.

Dit specifieke civiel effect van de universitaire juridische opleidingen vindt dus niet zozeer een basis in voorschriften van de wetgever met betrekking tot de inhoud van de opleidingen; hiervoor zagen we immers dat de inhoud van deze opleidingen, gegeven de academische vrijheid, door de professionele gemeenschap zelf wordt bepaald. Het spe-

12 Voor een historische schets: A. Gerritsen-Bosselaar, 'BAMA, toga en civiel effect'. In: *Ars Aequi*, 51 (2002), 9, p. 690-696.

13 Zie <https://www.werkenbijderechtspraak.nl/rechter-of-raadsheer-worden/>; artikel 145 Wet op de rechterlijke organisatie en het daarop gebaseerde Besluit opleiding rechters en officieren van justitie (*Strb.* 2016, 502).

cifieke civiel effect is gebaseerd op een - als privaatrechtelijk te duiden - afspraak tussen de faculteiten en het afnemend beroepenveld betreffende het cognitieve eindniveau van de af te leveren student en een vrij globale aanduiding van het aantal punten dat tijdens de studie aan ‘(hoofd)vakken’ moet zijn besteed. Waarbij dan overigens wat als ‘(hoofd) vak’ moet worden verstaan, weliswaar met naamgevingen enigszins is aangeduid, maar niet is voorzien van een nadere specificatie.

In de praktijk werkt het convenant wel degelijk richtinggevend voor de inhoudelijke inrichting van de opleidingen. Daarbij resteren uiteraard wel de nodige vrijheidsgraden. Immers, niet alleen pedagogisch-didactisch wordt de opleidingen met het convenant veel ruimte gelaten, maar ook ten aanzien van de vakinhoudelijke kant bevat het convenant geen voorschriften. Zeker wanneer vergeleken met de voorschriften waar andere onderwijssectoren mee te maken hebben, komt de rechtenopleidingen - ondanks de ‘aanscherping’ van het convenant in 2016 - dus nog steeds veel ruimte toe bij de inrichting van het onderwijs.<sup>14</sup>

## 5 Een duiding van het debat

Waarom dan toch ‘een debat’ in de juridische wereld over ‘het civiel effect’?

Wat ik uit de verschillende columns, artikelen en blogs<sup>15</sup> opmaak, is dat de discussie in inhoudelijk opzicht gaat over de vraag of (1) *enkel juridische (basis)kennis* volstaat als instroomvereiste in de (opleidingen tot) de togaberoepen en of (2) de universitaire opleidingen niet tevens gericht moeten zijn op het verwerven van *algemene competenties*, zoals analytisch denkvermogen, werkhouding en communicatieve vaardigheden.<sup>16</sup> Zowel de opleidingen als het afnemend beroepenveld mengen zich in dit debat, waarbij niet zelden de term ‘T-shaped lawyer’ valt, blijkbaar het schaap met vijf poten dat aan alle wensen en verlangens voldoet.

Onderwijskundig is het debat in eerste aanleg te beschouwen als een discussie over de generaliteit dan wel specificiteit van de kennisoverdracht en over de vraag of niet tevens ook competenties van belang zijn in de opleiding. Dit debat wordt met enige regelmaat ook in andere onderwijssectoren gevoerd, zoals in het middelbaar beroepsonderwijs (mbo). In het mbo leidde de discussie vanaf de eeuwwisseling tot in eerste aanleg een afscheid van kennisgerelateerde eindtermen en de introductie van het zogeheten competentiegericht beroepsonderwijs; daarop volgde een hausse aan kritiek op het mbo omdat ‘kennis er blijkbaar niet meer toe deed’ en algemene vakken zoals Nederlands werden verwaarloosd. Er ontstond een felle paradigmastrijd tussen enerzijds

---

14 Zie ook A.F.M. Dorresteyn & R.C.H. van Otterloo, ‘Bachelor-masterstructuur en toegang tot juridische beroepen: de stand van zaken’. In: *Ars Aequi*, 55 (2006), 5, p. 389-393.

15 Zie onder meer: M.T.A.B. Laemers, ‘Het convenant civiel effect 2016: leidt meer uniformiteit tot meer academische kwaliteit?’ In: *Ars Aequi*, februari 2017, p. 155-161. E. Mak, *The T-shaped Lawyer and Beyond: rethinking legal professionalism and legal education for contemporary societies* (oratie). Utrecht: Universiteit Utrecht 2017. L. van Wees, ‘T-, TT- of TTT-shaped juristen?’ In: *Recht.nl*, 2016. J. Maassen, ‘Advocaten van de toekomst: liever  $\pi$  dan T-shaped?’ In: *Advocatie.nl*, 2014. J. Roetbroek, ‘Jonge Balie Congres: ‘De T-shaped advocaat een hype? Dat is een status quo bias’ In: *Advocatie.nl*, 2015. H. Mesters, ‘T-shaped lawyer: kennis is macht, empathie is meer?’ In: *Insights abnamro.nl*, 2015.

16 T. Hol, ‘Civiel effect ter discussie?’ In: *Ars Aequi*, juni 2018, p. 548-551.

‘de pedagogen’ uit de scholen en ‘de vaklieden’ uit de beroepspraktijk; uiteindelijk werd na tien jaar de strijd beslecht met een nieuw, door de minister vastgesteld ‘model’ voor de kwalificatiedossiers. In dat model worden nu de algemene competenties - 27 in getal - gebruikt als rubrieken waarbinnen de kenniscomponent van de opleidingen (generiek of specifiek) een plaats kan krijgen. Hiermee is overigens niet gezegd dat deze discussie is gestopt, want inmiddels lijkt het er op dat de ‘21 first century skills’ ook een wezenlijk onderdeel moeten gaan uitmaken van het model.

Een debat over wat in opleidingen moet prevaleren, ‘kennis’ en/of ‘competenties’, is kortom niet zo bijzonder. Wat het debat in de juridische wereld over het civiel effect wel interessant maakt, ook voor onderwijskundigen, is dat het eveneens - zij het impliciet - gaat over de zeggenschap van de schakels in de opleidingsketen van jongvolwassenen tot professionele beroepsbeoefenaren in de juridische wereld.

Aan de ene kant hebben we te maken met de faculteiten, die gaan over de inrichting van de initiële opleidingen en zich daarbij baseren op de waarden binnen de universitaire professionele gemeenschap. Aan de andere kant is er het afnemend beroepenveld, dat logischerwijze zeggenschap heeft over de inrichting van hun post-initiële opleidingstrajecten. Daartussenin staat als conventie, afspraak, ‘het convenant’, waarmee de ene en de andere zijde afspreken dat zij rekening zullen houden met elkaar. Zonder dat daarmee formeel enige bewegingsruimte wordt ontnomen aan één van beide partners.

Van een afstandje bezien is ‘het convenant’ en het daaraan verbonden ‘civiel effect’ een vrij unieke wijze om twee typen opleidingssystemen met elkaar te verbinden, die gelet op hun aard lastig te koppelen zijn.<sup>17</sup>

Universitaire opleidingen zijn immers gebaseerd op het beginsel van opleiden voor ‘*organisational space*’: de organisaties of werkvelden die met de ‘afgeleverde’ studenten te maken krijgen, krijgen alle ruimte om de opleiding van de reeds afgestudeerde jongvolwassene af te ronden door hem of haar in de beroepspraktijk nog de noodzakelijke specifieke kennis en vaardigheden bij te brengen. Daarom is het diploma van dit type onderwijstrajecten generiek van aard; de voor de uitvoeringspraktijk relevante competenties worden aansluitend op de werkplek verworven. Het voordeel van dergelijke trajecten is dat de afgestudeerden een grote mate van vrijheid van beroepskeuze hebben, voorzien zijn van een brede opleiding en daarmee ook naar de toekomst toe kunnen bogen op flexibiliteit. Ze zijn opgeleid voor de toekomst (*forward mapping*). Voor het contrast: beroepsopleidingen gaan daarentegen uit van opleiden voor ‘*occupational space*’: beroepen en/of branches krijgen alle ruimte om de inrichting van de opleiding te (helpen) richten op hetgeen in de beroepsuitoefening nodig is; dit vergt van beroepsgroepen of branches een nauwe betrokkenheid bij het opstellen van de eindtermen en het uitvoeren van het onderwijs. Het voordeel van dit type onderwijstrajecten is dat de afgestudeerde direct inzetbaar is, omdat hij of zij beschikt over specifieke kennis en vaardigheid die ‘in het hier en nu’ nodig zijn op de werkvloer (*backward mapping*).

---

17 L.F.M. Nieuwenhuis, *Werken aan goed beroepsonderwijs*. Arnhem/Nijmegen: Hogeschool Arnhem en Nijmegen 2013. E. de Bruijn & A.F.M. Nieuwenhuis, ‘Over grenzen: pedagogisch-didactische aspecten van het opleiden voor beroepsuitoefening.’ In: *Pedagogische studiën*, 2014 (91), p. 3-7.



In ons onderwijsbestel gaat het hoger onderwijs van oudsher uit van het eerste, en met name het middelbaar beroepsonderwijs van het tweede. Dat is overigens geen louter nominaal onderscheid. Het is een onderscheid dat verbonden is met keuzen die in het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw onder leiding van Thorbecke ten aanzien van de inrichting van ons onderwijsbestel zijn gemaakt, en waarmee tevens culturele en maatschappelijke (distinctie-)grenzen worden gemarkeerd.<sup>18</sup> Grenzen die nog steeds bestaan en die maar lastig overbrugbaar zijn.<sup>19</sup>

Bij de schakels van de opleidingsketen tot onder meer de togaberoepen zien we dat de initiële juridische opleidingen gebaseerd zijn op het beginsel van organisational space, en de postinitiële opleidingen op het uitgangspunt van occupational space. Het convenant en het civiel effect verbinden de twee schakels, terwijl dat bezien vanuit hun vertrekpunten eigenlijk niet soepel en eenvoudig kan. Dat laatste verklaart dan weer het herhaaldelijk opkomen van de discussie over ‘het civiel effect’.

## 6 Ten slotte

Wat brengt deze beschouwing? In ieder geval de constatering dat het fenomeen van civiel effect van diploma's niet uniek is voor de universitaire opleidingen. Aan alle schoolsoorten zijn vormen van summatieve afsluiting en diplomering verbonden. In de meeste onderwijssectoren wordt de waarde van het diploma van overheidswege geborgd door aan scholen en onderwijsinstellingen inhoudelijke eindtermen voor te schrijven. In de summatieve eindtoetsing dient te worden aangetoond dat de gediplomeerde aan die eindtermen voldoet. Het hoger onderwijs is door de academische vrijheid van dergelijke voorschriften van overheidswege gevrijwaard. De borging van kwaliteit en daarmee van het civiel effect van getuigschriften in het hoger onderwijs, in algemene zin gesteld en dus ook het getuigschrift van de universitaire juridische opleidingen, berust daarmee in deze sector op de zelfregulering van de professionele gemeenschap.

In de juridische wereld wordt echter ook in specifieke zin gesproken over ‘het civiel effect’. Dit betreft een aantekening van de faculteit bij het getuigschrift dat de gediplomeerde voldoet aan de vereisten genoemd in ‘het convenant’ dat is afgesloten met het afnemende veld van de togaberoepen (advocaten en rechters). De aantekening impliceert dat de gediplomeerde kan instromen in het post-initiële opleidingstraject tot en de uiteindelijke beroepsuitoefening als advocaat of rechter. Inhoudelijk gezien bevat het convenant echter evenmin als het wettelijk kader programmeringsvoorschriften waar de initiële opleidingen aan moeten voldoen. Het convenant bevat dan wel enkele cognitieve richtpunten en volume-vereisten, maar geen inhoudelijk gespecificeerde eindtermen. De universitaire juridische opleidingen behouden zo niet alleen hun pedagogisch-didactische maar ook hun vakinhoudelijke zeggenschap over de inhoud van het initiële onderwijs.

‘Het convenant’ en ‘het civiel effect’ zijn zo bezien te karakteriseren als een effectieve buffer tussen twee onderwijskundige paradigma's, namelijk breed opleiden voor de toe-

---

18 Zie onder meer A. Bartels, *Een eeuw middelbaar onderwijs 1863-1963*. Groningen, J.B. Wolters 1963, p. 5-12.

19 R. van Schoonhoven, *Recht doen aan beroepsonderwijs* (oratie). Amsterdam: VU 2016.

komst (initieel) en gespecialiseerd opleiden voor het hier en nu (post-initieel). Zolang het afnemend beroepenveld én de initiële opleidingen dit mechanisme accepteren en respecteren is er niet zoveel aan de hand. Want beider zeggenschap wordt dan immers gerespecteerd. Het debat over ‘het civiel effect’ kan zich dan met name richten op de inhoud van hetgeen in welke schakels van het opleidingstraject voorrang moet krijgen: de generieke dan wel specifieke kennis en/of de vereiste competenties. En dát debat is in onderwijsland niet echt uniek: het wordt in alle scholen en onderwijssectoren gevoerd, is al eeuwenoud, en moet zeker blijvend worden gevoerd. Want dát debat gaat over waar het over moet gaan: onderwijs.



# Een gouden voorzitter

*Drs. F. (Fieke) Smitskamp*

Toen in de zomer van 2014 bij de Vrije Universiteit en het VUmc een nieuwe klachten-regeling wetenschappelijke integriteit van kracht werd waarbinnen een vaste Commissie Wetenschappelijke Integriteit VU-VUmc (CWI) zou worden ingesteld, ging de toenmalige rector Frank van der Duijn Schouten op zoek naar een voorzitter van kaliber. Iemand die vaker met het bijltje had gehakt in andere contexten, die zich bewust was van het feit dat het gebied van de wetenschappelijke integriteit nog sterk aan ontginning onderhevig was, die zich onafhankelijk kon opstellen, de vaak complexe materie goed kon doorgronden en gebleken vaardig was in de omgang met wetenschappers van velerlei pluimage. In jou werd die voorzitter gevonden en jij ging in juli 2014 van start met de CWI, verder samengesteld uit de leden Jan van Mill en Guy Widdershoven. Ik had ervaring met enkele grote zaken op het gebied van wetenschappelijke integriteit die in de voorgaande jaren op ad hoc basis door commissies waren onderzocht en werd in 2014 secretaris van de vaste CWI. Vinod Subramaniam volgde in september 2015 Van der Duijn Schouten op als rector van de VU. In 2016 werd de CWI uitgebreid en werden de leden Heleen Oudemans en Paul Jansen benoemd. In de zomer van 2019 sta je vijf jaar aan het roer van de CWI VU-VUmc.

De CWI toetst klachten op het gebied van wetenschappelijke integriteit aan de vigerende gedragscode en adviseert het College van Bestuur en in sommige gevallen het College van Bestuur en de Raad van Bestuur VUmc over de gegrondheid van de klachten en eventueel te treffen maatregelen.

Als secretaris van de CWI heb ik van het begin af aan nauw en met veel plezier met je samengewerkt. We hebben ontdekt wat de haarvaten van de klachtenregeling zijn, we hebben gezien hoe zich de letter tot de geest kan verhouden, we hebben ons vergist en gelijk gekregen, en we hebben uitgevonden dat er niet altijd bestaande kaders zijn waaraan je een zaak kunt toetsen, maar dat een CWI af en toe zelf een kader moet ontwikkelen dat dan onderdeel wordt van de verdere ontginning van het veld.

Een efficiënte en altijd doeltreffende en zorgvuldige manier van afstemming, zowel met mij onderling als in de informerende gesprekken met de rector, als ook de collegiale en effectieve commissiebijeenkomsten zijn te danken aan jouw professionele benadering van complexe kwesties en je wetenschappelijke en onvooringenomen blik. Ik heb grote bewondering voor je openheid van samenwerking en je bereidheid om een ander standpunt of kritisch standpunt van een ander van harte in overweging te nemen. Een kracht die ervoor zorgt dat de CWI als geheel scherp blijft, maar ook alle functionarissen individueel steeds blijven leren. Ik verheug me erop dat we na ingang van je emeritaat de samenwerking zullen voortzetten. De keuze voor jou als CWI-voorzitter was uitstekend, kennelijk.



# HOVO en andere ontmoetingen

*Prof. dr. H.A. (Herman) Verhoef*

Jan, ik heb je leren kennen tijdens de vergaderingen van HOVO: hoger onderwijs voor ouderen. Je bent bij elke vergadering maar ik weet niet of je die wel zo zinvol vindt. Je kijkt meestal wat verveeld, gaapt 1 of 2 keer en vaak geef ik je expres het woord om je erbij te betrekken. Maar er zijn onderwerpen waarbij je opeens uit je slof schiet (bv BTW) en dan ben je niet te houden. Daarbij, je geeft zelf HOVO- cursussen en dat is pas echte betrokkenheid want die kosten veel tijd! Ik ben altijd echt verbaasd dat iemand met zo'n drukke agenda tijd vrijmaakt voor een activiteit die weliswaar 6000 cursisten per jaar trekt, maar binnen de VU nauwelijks opvalt. Toen ik 12 jaar geleden ziek werd en een half jaar revalideerde, nam je het voorzitterschap geruisloos over, om dat na dat half jaar even geruisloos weer aan mij over te dragen. Voor iedereen en dus nu voor jou, komt onvermijdelijk de HOVO-gerechtigde leeftijd en dan ligt er een keur aan hoger onderwijs waaraan deelgenomen kan worden. Zelf kreeg ik van HOVO bij mijn emeritaat een cursus aangeboden en ik was blij verrast dat de cursussen van zulk hoog niveau zijn.

Jan, er is vast wel iets van je gading en het is grappig (mijn eigen ervaring) om in zalen waarin jezelf college hebt gegeven nu eens als cursist in een bankje te gaan zitten! Aan te raden!

De 2e activiteit waar wij elkaar ontmoeten heeft te maken met Cobex. Ik vind het altijd lastig om bij een vergadering waarbij jij als voorzitter van de Examencommissie en ik als Cobex-lid elkaar ontmoeten te volstaan met een koele groet. De cliënt let scherp op en voor je het weet word je gewraakt!! Bij de stapels Cobex-correspondentie zitten, als het jouw Faculteit betreft, veel stukken van jouw hand en ik ben altijd onder de indruk van je scherpe, overtuigende formuleringen, waardoor chaotische zaken opeens helder en duidelijk worden.

De 3e activiteit heeft te maken met mijn laatste klusje: vertrouwensman. Ik merk dat veel zaken die langskomen een stevig juridisch kader kennen en in die gevallen zoek ik dan steun bij de juristen. Helaas kan ik dan niet bij jou aankloppen omdat jij weer een hogere functie hebt in het vertrouwensbolwerk. Maar ik heb je bij vergaderingen van dit gilde regelmatig mogen ontmoeten en aanhoren en ook hier ben ik altijd onder de indruk van je kennis van zaken! Toen Alma van Donk laatst tegen me zei dat je met pensioen ging dacht ik dat ze een verkeerde grap maakte! Kijk, ik ben een oude grijze man en niemand is verbaasd dat ik met emeritaat ben gegaan. Maar jij! Als ik je spreek heb je net weer een wielerronde afgelegd, en je ziet er altijd supergezond en jeugdig uit!! Maar Alma liegt nooit, dus het moest waar zijn!

Ik ga je missen, Jan, maar je kunt nog HOVO- colleges blijven geven!!!



# Rechtsbescherming inzake beoordelingsbeslissingen in het universitair onderwijs

## Over besluiten, ‘kennen en kunnen’ en terughoudende toetsing

*Prof. mr. drs. B.P. (Ben) Vermeulen*

### 1 Inleiding

Jan Struiksma is *de* verpersoonlijking van het juridisch onderwijs aan de Vrije Universiteit. Sinds 1991 werkt hij aan de rechtenfaculteit van deze universiteit. In samenhang met zijn onderzoek op gebieden als het omgevingsrecht en algemeen bestuurs(proces)-recht doceert hij op die terreinen en begeleidt hij sinds jaar en dag studenten en promovendi bij hun werkstukken, scripties, proefschriften en pleitwedstrijden. Verder vervult/vervulde hij vitale bestuurlijk-organisatorische functies. Jan is een onderwijsmens in hart en nieren, letterlijk een (hoog)leraar, zo mocht ik tijdens mijn tienjarig verblijf (1999-2008) aan de VU vaststellen.

Deze bijdrage zal ik evenwel niet wijden aan een thema gerelateerd aan de onderwijs- en onderzoeksactiviteiten van Jan Struiksma. Hij excelleert in het bijzonder in het ruimtelijk bestuursrecht (omgevingsrecht), en dat terrein is echt te moeilijk voor mij. Ik zal mij veeleer richten op de juridisch-organisatorische kant van het onderwijs. Jan heeft op onderwijs-organisatorisch gebied zeer veel gedaan. Zo was hij van 1999-2004 portefeuillehouder onderwijs in het faculteitsbestuur, en is hij sinds 2011 voorzitter van de Examencommissie. Van 2006 tot en met 2016 was hij lid en langdurig plaatsvervangend voorzitter van het College van beroep voor de examens. Het is in dit licht bezien passend dat ik aandacht besteed aan een onderwerp dat met deze activiteiten nauw samenhangt: de rechtsbescherming ter zake van beoordelingsbeslissingen in het universitair onderwijs.<sup>1</sup>

---

1 Zie over dit thema C.W. Noorlander, 'Rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het onderwijs', *JBplus* 2007, p. 34-55; E. Kloet, 'Rechtsbescherming van studenten in het hoger onderwijs inzake toetsen en beoordelen', *NTOR* 2013, p. 314-326; M. van Hees-Zandbergen, 'Recente ontwikkelingen in het hoger onderwijsrecht ten aanzien van de rechtspositie van studenten', *NTOR* 2015, p. 112-127; J.A. de Boer en P.J.J. Zootjens, 'Naar een duidelijker rechtsbescherming in het duale bestel', *NTOR* 2016, nummer 3, p. 161-189; J. Buiting, 'Beoordelingsbeslissingen in het bekostigd hoger onderwijs', *NTOR* 2018, nummer 3, p. 14-26; en P. Huisman, S. Philipsen, B.P. Vermeulen, *Juridische aspecten van toetsing, beoordeling en examinering*, NVOR-advies, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, waaraan veel in deze bijdrage is ontleend.



Ik zal bij de behandeling van dit onderwerp met name op de volgende vragen ingaan: wanneer is een beoordelingsbeslissing in het universitair onderwijs een besluit? Wat betekent de bepaling in de Algemene wet bestuursrecht dat beslissingen inzake 'kennen en kunnen' van het beroep op de bestuursrechter uitgezonderd zijn? En wat zijn de aan te leggen toetsingsmaatstaven in procedures tegen beoordelingsbeslissingen?

## **2 Besluiten?**

Studenten in het universitair onderwijs worden voortdurend beoordeeld: voor hun tentamens, scripties, stages, proefschriften, studievoortgang etc. Een eerste vraag die rijst, is wanneer dergelijke beoordelingsbeslissingen als een besluit van een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn aan te merken. Alleen als daarvan sprake is kan de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg open staan. Is dat niet het geval, dan komt men - al dan niet na een interne voorprocedure - bij de burgerlijke rechter terecht.

Artikel 1:3, eerste lid, Awb definieert een besluit als een 'schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'. Ingevolge art. 1:1 Awb wordt onder een bestuursorgaan verstaan:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

In het universitair onderwijs overwegen de publiekrechtelijk vormgegeven (bij wet ingestelde) rechtspersonen die openbaar onderwijs verzorgen en wordt tussen publiekrechtelijk vormgegeven openbare instellingen en privaatrechtelijk vormgegeven bijzondere instellingen een strikt onderscheid gemaakt (art. 1.1 onder h en i Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, WHW). Als geen sprake is van een publiekrechtelijke rechtspersoon, wiens organen per definitie bestuursorgaan zijn, maar van een privaatrechtelijke rechtspersoon, dan is er ingevolge art. 1:1 onder b Awb alleen sprake van een bestuursorgaan voor zover het betreft een persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed (een b-orgaan).

Studenten in het universitair onderwijs kunnen tegen nagenoeg alle krachtens de WHW genomen beoordelingsbeslissingen (tentamenbeoordelingen, bindende studie-adviezen, vrijstellingen etc.) op grond van art. 7.61 lid 1 WHW opkomen bij het College van beroep voor de examens (CBE, ook wel aangeduid als Cobex), dat dit beroep behandelt als geen minnelijke schikking mogelijk blijkt (art. 7.61 lid 3 WHW). Het gaat hierbij om een interne procedure, bij een orgaan van de universiteit. De vraag is hoe de uitspraak van het CBE geduid moet worden. Dat hangt af van de kwalificatie van de primaire beoordelingsbeslissing die in beroep bij het College voorligt. Is die beslissing een besluit, dan is ook de beslissing van het College een besluit, genomen in administratief beroep. Is de primaire beoordelingsbeslissing geen besluit, dan is ook de beslissing van het College geen besluit.

De vraag wanneer een beoordelingsbeslissing in het universitair onderwijs een besluit is, is vooral aan de orde geweest in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Naar vaste jurisprudentie van de Afdeling zijn beoordelingsbe-

slissingen in het *openbaar* hoger onderwijs besluiten in de zin van de Awb<sup>2</sup>, en gelden de daarop volgende uitspraken van het CBE eveneens als (in administratief beroep genomen) besluiten. De vraag is, wat de bevoegdheid en het publiekrechtelijke rechtsgevolg van dergelijke handelingen is opdat een besluit aangenomen kan worden.

Soms wordt de bevoegdheid rechtstreeks aan de wet ontleend en heeft toepassing van de bevoegdheid evident rechtsgevolgen: denk aan het door het instellingsbestuur ex art. 7.8b lid 3 WHW gegeven bindend studieadvies, dat met zich brengt dat de inschrijving van de student voor de desbetreffende studie wordt beëindigd. Het is niet onlogisch om hier aan te nemen dat sprake is van een besluit. Minder vanzelfsprekend is dit in het geval van een doorsnee-tentamencijfer. Is een onvoldoende voor een bachelor-vak aan een openbare universiteit wel aan te merken als een besluit? Dat zou dan moeten zijn omdat sprake is van het uitoefenen van een bevoegdheid die bij of krachtens de wet toegekend is<sup>3</sup>, resulterend in een rechtsgevolg. In een uitspraak van 2000 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in dit verband een argumentatie gegeven. De WHW verbindt aan getuigschriften bepaalde voorrechten: het verlenen van een getuigsschrift is dan ook een besluit. Maar dan zijn, aldus de Afdeling, ook de beoordelingen van de samenstellende onderdelen - de tentamens e.d. die deel uitmaken van het examen en opgeteld leiden tot een getuigsschrift - besluiten.<sup>4</sup> In haar consequenties doorgedacht leidt deze redenering ertoe dat ook tentamenbeoordelingen e.d. in het bijzonder hoger onderwijs hebben te gelden als besluiten, een gevolgtrekking die de Afdeling in de voornoemde uitspraak dan ook trok.

Uitgangspunt van de wetgever is evenwel steeds geweest, dat bijzondere onderwijsinstellingen buiten de reikwijdte van de Awb vallen.<sup>5</sup> Beslissingen van bijzondere onderwijsinstellingen zijn derhalve in principe geen besluiten in de zin van de Awb, maar handelingen verricht in het kader van een privaatrechtelijke rechtsverhouding.<sup>6</sup> Op deze hoofdregel, dat beslissingen van bijzondere onderwijsinstellingen geen besluiten zijn, is altijd één belangrijke uitzondering gemaakt: de afgifte van een getuigsschrift met civiel effect.<sup>7</sup> De afgifte of weigering van een getuigsschrift door een daartoe bevoegde instantie van een bijzondere instelling moet als een vorm van uitoefening van openbaar gezag beschouwd worden, en moet dus aangemerkt worden als een besluit, genomen door een incidenteel bestuursorgaan (b-orgaan).<sup>8</sup>

In enkele uitspraken heeft de Afdeling evenwel een ruimere uitzondering aanvaard op het uitgangspunt dat beslissingen in het bijzonder onderwijs buiten het besluitbegrip

2 ABRvS 24 juli 1998, *JB* 1998, 201; ABRvS 26 mei 2000, *JB* 2000, 166 m.nt. Schlössels; ABRvS 13 maart 2002, *AB* 2002, 348 m.nt. Vermeulen.

3 Vermoedelijk krachtens art. 7.12c WHW: 'voor het afnemen van tentamens en het vaststellen van de uitslag wijst de examencommissie examinatoren aan'.

4 ABRvS 17 juli 2000, *AB* 2000, 446 m.nt. Vermeulen.

5 *Kamerstukken II*/1999/2000, 27 265, nr. 3, p. 4; ABRvS 19 juli 2006, *JB* 2006, 257 m.nt. Peters, *AB* 2007, 41 m.nt. Vermeulen.

6 ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2006, 34 m.nt. Vermeulen, *JB* 2005, 204 en ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 58 m.nt. Vermeulen.

7 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 265, nr. 3, p. 4; B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht*, VAR-preadvies, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 165 met verdere verwijzingen.

8 Aldus *Kamerstukken II* 1999/00, 27 265, nr. 3, p. 4.

vallen. De Afdeling kwam daarin tot de slotsom dat ook bij beoordelingsbeslissingen in het bijzonder hoger onderwijs in het kader van tentamens, ten aanzien van stages etc. sprake was van uitoefening van openbaar gezag in de zin van art. 1:1, eerste lid, onder b Awb, zodat deze beslissingen als besluiten in de zin van de Awb aangemerkt dienden te worden.<sup>9</sup> In een aantal uitspraken vanaf 2005 is de Afdeling hierop echter weer teruggekomen, en oordeelde zij dat dergelijke beslissingen, nu de betreffende bepalingen in de WHW ten opzichte van bijzondere onderwijsinstellingen enkel te gelden hebben als bekostigingsvoorwaarden en deze beslissingen derhalve beheerst worden door het privaatrecht, niet als besluit kunnen gelden.<sup>10</sup> Centraal speelde daarin derhalve de overweging, dat de bepalingen van de WHW ten aanzien van bijzondere, privaatrechtelijke onderwijsinstellingen enkel fungeren als in de externe verhouding tussen de bekostigende rijksoverheid en de ontvangende rechtspersoon geldende bekostigingsvoorwaarden, die niet werken in de interne door het privaatrecht beheerste verhouding tussen instelling en student. Het is de vraag of deze overweging - die overigens steun vindt in de wetsgeschiedenis<sup>11</sup> - hiertoe voldoende grondslag biedt.<sup>12</sup>

In een uitspraak uit 2006 kwam de Afdeling tot een definitieve nadere motivering.<sup>13</sup> Openbare instellingen voor hoger onderwijs - aldus de Afdeling - gaan blijkens art. 1.1 onder h en j WHW uit van de overheid, dus van publiekrechtelijke rechtspersonen, en hun organen zijn derhalve per definitie bestuursorganen (a-organen). Bijzondere instellingen voor hoger onderwijs gaan blijkens art. 1.1 onder i en j WHW uit van privaatrechtelijke rechtspersonen. Derhalve treedt (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon die een bijzondere universiteit of hogeschool in stand houdt niet op als bestuursorgaan, tenzij daardoor openbaar gezag uitgeoefend wordt, in welk geval het betreffende orgaan in principe als incidenteel bestuursorgaan (b-orgaan) gekwalificeerd dient te worden, dat in zoverre besluiten neemt waar de Awb op van toepassing is. De Afdeling ging er in de uitspraak van 2006 in ieder geval van uit, dat - behoudens getuigschriftverlening - beoordelingsbeslissingen van bijzondere hoger onderwijsinstellingen naar hun aard niet binnen het Awb-besluitbegrip vallen, zodat ook geen bijzondere wettelijke regeling nodig is om ze daarnaast nog eens bij specifieke wet buiten de reikwijdte van de Awb te plaatsen. De door haar genoemde uitspraken uit de wetsgeschiedenis worden dan ook vooral aangevoerd als ten overvloede onderbouwingen van het standpunt dat geen sprake is van Awb-besluiten.<sup>14</sup> Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar het tweede en zesde (thans vijfde) lid van art. 7.61 WHW, waarin de zinsnede 'wat

---

9 ABRvS 17 juli 2000, *AB* 2000, 446 m.nt. Vermeulen, *JB* 2000/247 m.nt. Derks en ABRvS 12 januari 2005, *AB* 2005, 227 m.nt. Peters.

10 ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2005, 34 m.nt. Vermeulen, *JB* 2005/204 m.nt. Jansen, *Ars Aequi* 2006, p. 296 e.v. m.nt. Kortmann; VzABRvS 19 oktober 2005, *AB* 2006, 35 m.nt. Vermeulen; ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 58 m.nt. Vermeulen.

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 646, nr. 3, p. 30.

12 Zie voor kanttekeningen ter zake punt 5 in mijn noot bij ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2006, 34. Zie voor een nadere uiteenzetting over en relativering van het onderscheid tussen bekostigingsvoorwaarden (voor het bijzonder onderwijs) versus algemeen verbindende voorschriften/regels (voor het openbaar onderwijs) Vermeulen/Zoontjens 2000 [zie noot 7], p. 64 e.v.

13 ABRvS 19 juli 2006, *AB* 2007, 41 m.nt. Vermeulen, *JB* 2006/257.

14 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 646, nr. 3, p. 30; *Kamerstukken II* 1999/00, 27 265, nr. 3, p. 4. In dezelfde lijn: *Kamerstukken II* 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 59; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 265, nr. 6, p. 1.

openbare instellingen betreft in afwijking van [...] de Awb' tot uitdrukking brengt dat de uitzonderingen (afwijkingen) die de WHW aanbrengt op de Awb uitsluitend betrekking hebben op openbare instellingen, waaruit volgt dat de wetgever ervan uitgaat dat de Awb naar hun aard niet op bijzondere instellingen van toepassing is.<sup>15</sup>

Met deze uitspraak had de Afdeling het onderscheid tussen enerzijds openbare, publiekrechtelijke onderwijsinstellingen en anderzijds bijzondere, privaatrechtelijke onderwijsinstellingen scherper aangezet. Beoordelingsbeslissingen in het openbaar hoger onderwijs hebben vanwege hun publiekrechtelijke grondslag in doorsnee als besluiten te gelden, waartegen publiekrechtelijke rechtsbescherming open staat: in het algemeen eerst administratief beroep bij het CBE, en vervolgens beroep op de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling. Tegen beoordelingsbeslissingen in het bijzonder hoger onderwijs diende na de interne beroepsgang bij het CBE de gang naar de burgerlijke rechter gemaakt te worden.

Dit binaire stelsel van rechtsbescherming - beroep wat betreft het openbaar hoger onderwijs bij de algemene bestuursrechter en wat betreft het bijzonder hoger onderwijs bij de civiele rechter - is echter verleden tijd. Sinds 1 september 2010 zijn de beslissingen van het CBE niet meer appellabel bij de algemene bestuursrechter.<sup>16</sup> Met het oog op onder meer de verbetering van de rechtspositie van studenten geldt nu als uitgangspunt dat het College van beroep voor het hoger onderwijs (CBHO) in eerste en enige aanleg oordeelt over onder meer beslissingen van het CBE (art. 7.66, eerste lid, WHW).<sup>17</sup> Aldus is de geschillenbeslechting ten aanzien van (onder meer) beoordelingsbeslissingen in het hoger onderwijs onttrokken aan de rechtsmacht van de reguliere rechter ten gunste van deze specifieke rechter, die niet beperkt wordt door de tweedeling in openbaar en bijzonder onderwijs.<sup>18</sup> Daarmee is ook de vraag of in het bijzonder hoger onderwijs sprake is van besluiten irrelevant geworden.

Voor zover het CBHO oordeelt over geschillen met openbare onderwijsinstellingen fungeert dit college uiteraard als bestuursrechter. Minder vanzelfsprekend is de positie van het CBHO voor zover het om het bijzonder onderwijs gaat. Het lijkt wat merkwaardig dat het college als bestuursrechter zou hebben te oordelen over geschillen die voortvloeien uit een privaatrechtelijke rechtsverhouding (zoals de juridische relatie tussen een student en een bijzondere onderwijsinstelling aangemerkt moet worden). Niettemin is dat het geval, nu Hoofdstuk 8 van de Awb ook voor zover het het bijzonder hoger onderwijs betreft op de rechtsgang bij het CBHO van toepassing wordt verklaard (art. 7.66, tweede lid, WHW).

15 Zie in deze zin ook ABRvS 11 oktober 2006, *JB* 2006, 322 m.nt. Peters, en ABRvS 26 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1844, ten aanzien van de Commissie van beroep (art. 7.5.2. WEB) in het mbo, dat alleen bijzonder onderwijs kent.

16 Bijlage 2, Hoofdstuk 1, art. 1 (Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek), Awb.

17 *Kamerstukken I*, 2008/09, 31 821 A. Zie over dit wetsvoorstel A. Orthel, 'Wetswijziging WHW: goed voor de rechtsbescherming van de student?', *NTOR* 2009, p. 69-83.

18 Overigens geeft art. 7.68, eerste lid, van de WHW bijzondere onderwijsinstellingen op levensbeschouwelijke grondslag de mogelijkheid om ter vervanging van de rechtsgang bij het College van beroep voor het hoger onderwijs een eigen college van beroep in het leven te roepen. Voor zover ik weet is dat tot nu toe niet gebeurd.

Het CBHO behoort niet tot de rechterlijke macht, zodat de door de Raad van State in het kader van zijn advies over het wetsvoorstel gestelde vraag opkomt, hoe dit zich verhoudt tot art. 112, eerste lid, van de Grondwet, dat de berechting van geschillen die uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan aan de rechterlijke macht opdraagt. De regering meende in antwoord daarop dat er zich geen strijd met deze bepaling zou voordoen, nu de student te allen tijde het recht behoudt zich tot de burgerlijke rechter te wenden.<sup>19</sup> Nu is de burgerlijke rechter inderdaad altijd bevoegd. Maar een vordering acht hij niet ontvankelijk wanneer een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang, zoals bijvoorbeeld bij het CBHO, openstaat. De stelling dat de student (blijkbaar) een keuzemogelijkheid zou hebben tussen de burgerlijke rechter en het College is dan ook niet correct. In deze zin oordeelde ook de Hoge Raad: als het College bevoegd is, is een vordering bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk.<sup>20</sup>

### 3 De 'kennen en kunnen' uitzondering

Ten aanzien van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen beoordelingsbesluiten doet zich een complicatie voor. Artikel 8:4, derde lid, onder b (tot 1 januari 2013 art. 8:4 onder e) Awb zondert onder meer besluiten van beroep op de bestuursrechter uit die inhouden 'een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst'. Deze 'kennen en kunnen'-uitsondering ziet op die gevallen waarin een leerling, student etc. opgaat voor een proef, tentamen, examen etc. leidend tot beslissingen waarin een beoordeling gegeven wordt omtrent zijn intellectuele, fysieke, manuele etc. vaardigheden.<sup>21</sup>

De vraag naar de reikwijdte van deze uitsluiting van beroep op de bestuursrechter is met name prominent aan de orde geweest in de jurisprudentie over uitspraken (besluiten) van Colleges van beroep voor de examens. Indien de uitspraak van het College betrekking had op beoordelingsbeslissingen, gold art. 8:4 onder e Awb ook voor die uitspraak, zo was de lijn.<sup>22</sup> Hiertoe werd nogal eens de volgende redenering gevolgd: het mag zo zijn dat het College van beroep slechts marginaal toetst of eisers prestatie correct is beoordeeld, dat neemt niet weg dat het College eisers kennen en kunnen direct heeft getoetst. Dat betekent dat de bestuursrechter niet mag oordelen over uitspraken van het College.<sup>23</sup> Daarbij legt de omstandigheid dat het College het recht van substitutie (het geven van een eigen beoordeling) mist geen gewicht in de schaal.<sup>24</sup>

---

19 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 821, nr. 4, respectievelijk p. 10 en p. 11.

20 HR 3 juni 2016, *AB* 2016, 268 m.nt. Kortmann en Van Ommen, *NJ* 2017, 35 m.nt. redactie. Voor kritiek op de door de HR gegeven argumentatie (niet op de uitkomst) zie Jacob de Boer en Paul Zootjens, 'Naar een duidelijker rechtsbescherming in het duale bestel', *NTOR* 2016, p. 178-181.

21 PG Awb II, p. 393; zie in dit verband ook ABRS 26 april 1999, *AB* 1999, 231 m.n.t. Schreuder-Vlasblom, *JB* 1999, 135.

22 Zie Rb. Rotterdam 15 februari 1996, *Jurispudentie Onderwijswetten (JO)* 1996, nr. 6, p. 138-140.

23 Volgens art. 7:61 lid 2 WHW kan bij het College beroep worden ingesteld 'ter zake dat een beslissing in strijd is met het recht'. Bij zuivere beoordelingsbeslissingen blijken de Colleges zich veelal te beperken tot toetsing aan procedurele voorschriften en het willekeurverbod. Op de toetsingsmaatstaven kom ik later uitgebreider te spreken.

24 Rb. Amsterdam 2 april 1998, zaaknr. AWB 96/7881 BESLU.

Deze lijn is na verloop van tijd echter verlaten. Zo werd door de Afdeling bestuursrecht-spraak uitgesproken dat art. 8:4, onder e, Awb geen betrekking heeft op een besluit tot vrijstelling van de verplichting tot het doen van tentamen of examen in bepaalde vakken. Volgens de Afdeling viel een zodanige beoordeling niet op één lijn te stellen met een *directe* toets van iemands kennen of kunnen.<sup>25</sup> Evenmin viel het ongeldig verklaren van een examen, wegens fraude, onder deze uitzondering,<sup>26</sup> of de weigering van een examinerator om een tentamenbriefje af te geven.<sup>27</sup> In 1998 is door de Afdeling een principiële uitspraak gewezen ten aanzien van een besluit, waarbij op basis van een vakdeskundige beoordeling een cijfer aan een tentamen was toegekend. Hierbij bleek het ontbreken van een substitutierecht bij het CBE een doorslaggevende rol te spelen: 'gelet hierop, staat het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling niet direct ter beoordeling en behoort het besluit van het College niet tot die, bedoeld in art. 8:4, aanhef en onder e, van de Awb'.<sup>28</sup> Het beoordelingsbesluit in primo (het cijfer) en de uitspraak van het College op het administratief beroep kunnen dus zeer wel van elkaar worden onderscheiden, maar de vraag rijst tot hoever de rechter met zijn toetsing mag gaan, opdat daarin niet de *directe beoordeling* van het kennen of kunnen wordt betrokken.

Deze uitspraak bood aldus ruimte voor toetsing door de bestuursrechter aan de hand van de vraag hoe het CBE met het (primaire) beoordelingsbesluit en de belangen van de eiser was omgesprongen. Die ruimte is, gezien de hierna te bespreken jurisprudentie, tot een terughoudende toetsing beperkt. Ten eerste vloeit dat voort uit de door de wetgever beoogde beperkte vorm van administratief beroep bij het College. Terwijl de beoordeling in administratief beroep in principe een integrale bestuurlijke heroverweging vereist, waarbij niet alleen een rechtmatigheidstoetsing maar ook een inhoudelijke herbeoordeling plaatsvindt, die bij gehele of gedeeltelijke vernietiging van het primaire besluit kan leiden tot een vervangend besluit (art. 7:25 Awb), is de beoordeling door het College beperkt tot rechtmatigheidsgronden en is het College niet bevoegd in geval van vernietiging een vervangend besluit te nemen (art. 7:61, tweede resp. vijfde lid, WHW).

De vraag rijst of deze jurisprudentie recht doet aan de kennen en kunnen-uitsluiting in de Awb. Heringa stelde in een noot bij de Afdelingsuitspraak uit 2002 de vraag of de Afdeling, door een rechterlijke rechtmatigheidstoetsing toe te laten tegen een besluit in administratief beroep gericht tegen een primair besluit dat evident ziet op een 'kennen en kunnen', in wezen art. 8:4 onder e [thans art. 8:4 lid 3 onder b Awb] opzij zet.<sup>29</sup> En annotator Peters achtte de Afdelingsjurisprudentie in zijn noot onder een latere Afdelingsuitspraak zonder meer ongewenst: "Hoezeer de Afdeling ook allerlei aspecten aan een besluit ziet, die niet van doen hebben met een oordeel van kennen en kunnen en 'dus' wel door de bestuursrechter getoetst kunnen worden; de wetgever heeft het kennen-en-kunnen-besluit eenvoudigweg in zijn geheel uitgesloten. Geen beroep betekent ook niet een beetje beroep."<sup>30</sup> Niettemin meen ik dat de benadering van de Afdeling

25 ABRS 18 december 1997, JB 1998, 31 m.nt. Derks, AB 1998, 141 m.nt. Vermeulen.

26 Rb. Groningen 3 maart 1995, JB 1995, 89.

27 Rb. Den Haag 2 februari 1998, zaaknr. AWB 96/7989 BESLU en AWB 97/4417 BESLU.

28 ABRS 24 juli 1998, JB 1998, 201. Vgl. ook ABRS 26 april 1999, AB 1999, 231 m.nt. Schreuder-Vlasblom, JB 1999, 135.

29 ABRvS 13 maart 2002, JB 2002, 142.

30 ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 227 m.nt. Peters.

zeer wel verdedigbaar is,<sup>31</sup> mede gezien in het licht van een recente uitspraak waarin de gekozen lijn nader onderbouwd is.<sup>32</sup>

De ratio van deze bepaling, geschreven om de inhoudelijke autonomie en deskundigheid van professionele beoordelaars af te schermen tegen rechterlijke bemoeienis, is dat de rechter niet een eigen oordeel over de kwaliteit, capaciteit e.d. van leerlingen, studenten, kandidaten moet vellen. Die ratio wordt in acht genomen, indien door de rechter voldoende afstand gehouden wordt van het materiële oordeel van de docent/examinator over het kennen en kunnen en hij slechts toetst aan min of meer formele rechtmatigheidsvereisten.

Het zou echter in strijd zijn met de letterlijke tekst van art. 8:4 lid 3 onder b Awb, als de rechter ook primaire 'kennen en kunnen'-besluiten, dus beoordelingsbeslissingen, zou toetsen, zelfs al zou hij daarbij een grote mate van terughoudendheid betrachten. In zoverre volg ik annotator Peters: een marginale toetsing van een besluit inzake kennen en kunnen maakt niet dat dat besluit zijn karakter verliest. Wat als object van rechterlijke beoordeling voorligt is echter niet een primair kennen en kunnen-besluit, maar een secundair besluit, gegeven in administratief beroep, waarbij het beroepsorgaan geen oordeel over het kennen en kunnen heeft gegeven. Het CBE toetst immers slechts of de beoordelingsbeslissing al dan niet in strijd is met het recht (art. 7:61 lid 2 WHW), hetgeen inhoudt dat door het College enkel 'dient te worden getoetst of het besluit in strijd is met enig algemeen verbindend voorschrift en of de examinator bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen'.<sup>33</sup> Bovendien kan het College, als het een besluit vernietigt, daarvoor niet een eigen besluit in de plaats stellen (art. 7:61 lid 5 WHW). Het gaat dus niet om een regulier, 'vol' administratief beroep, waarin het betreffende beroepsorgaan in principe het besluit ten gronde overdoet (in dat geval zou het besluit in administratief beroep zelf ook een 'kennen en kunnen'-besluit zijn), maar om een 'beperkt/marginaal' administratief beroep, waarin het kennen en kunnen-besluit marginaal-formeel getoetst wordt. Dan is zo een besluit in (een gemankeerd) administratief beroep niet zelf een kennen en kunnen besluit ter zake waarvan de bestuursrechter onbevoegd zou zijn.

Kortom, de Afdeling acht beroep tegen een in administratief beroep genomen besluit, welk administratief beroep zelf gericht was tegen een kennen en kunnen-besluit (ondanks art. 8:4, lid 3b Awb) mogelijk, maar alleen in het geval de bevoegdheid van de administratieve beroepsinstantie is beperkt tot een terughoudende rechtmatigheidstoets. Dan is dat besluit in administratief beroep genomen immers geen kennen en kunnen-besluit, en de rechterlijke toetsing daarvan heeft dan geen betrekking op de inhoudelijke beoordeling van het afgelegde examen of de gemaakte toets.<sup>34</sup>

Dit betekent overigens, dat wanneer het in beroep bij de bestuursrechter voorliggende besluit wel een kennen en kunnen-besluit bevat, hij daarover geen oordeel mag geven. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een besluit op bezwaar tegen een dergelijke beoordeling

---

31 Zie daartoe de noot van Vlasblom in ABRvS 26 april 1999, AB 1999, 231.

32 ABRvS 24 oktober 2018, nr. 201800124/1.

33 ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen.

34 ABRvS24 oktober 2018, nr. 201800124/1.



(waarbij per definitie een volle herbeoordeling plaatsvindt)<sup>35</sup> of om een besluit in administratief beroep waarin een kennen en kunnen beoordeling (min of meer) ‘vol’ wordt getoetst: in zulke gevallen deelt het secundaire besluit in het karakter van het primaire kennen en kunnen besluit.<sup>36</sup>

## 4 Toetsingsmaatstaven

Er is sprake van een bestendige jurisprudentie van de colleges van beroep voor de examens en de bestuursrechter (vanaf 2010 het CBHO, daarvoor de algemene bestuursrechter) dat de toetsingsmaatstaven in die jurisprudentie allereerst hun grondslag hebben in de begrenzings die aan het College van beroep voor de examens (CBE) zijn gesteld: slechts toetsing aan het recht, zonder de mogelijkheid om bij vernietiging een eigen besluit voor dat van de beoordelaar in de plaats te stellen (art. 7.61 leden 2 en 5 WHW). Aldus wordt de autonomie van onder meer examinatoren en examencommissies - onderdeel van de academische vrijheid in art. 1:6 WHW - gewaarborgd, welke vereist dat de toetsing van hun beoordelingsbesluiten in intern beroep met grote terughoudendheid plaatsvindt. Het CBE mag zich niet opstellen als een soort ‘super-examinator’. Dienovereenkomstig wordt door het College marginaal getoetst, wordt dus enkel bezien of sprake is van een redelijke beoordeling, waaronder mede begrepen of daarin voldaan is aan formele voorschriften. Dat wordt onder meer onder woorden gebracht in een overweging dat bij waarderingen van antwoorden op open vragen de oordelen van redelijk denkende personen binnen zekere grenzen uiteen kunnen lopen - zonder dat gezegd kan worden dat die oordelen zelf onredelijk zouden zijn - en dat in administratief beroep slechts bezien moet worden of de examinerator bij de beoordeling en waardering van de door de student gegeven antwoorden op die open vragen al dan niet de bedoelde grenzen heeft overschreden.<sup>37</sup>

De te betrachten terughoudendheid geldt uiteraard ook, en mogelijk nog sterker, voor de bestuursrechter, hetgeen door art. 8:4 lid 3 onder b Awb onderstreept wordt. In een uitspraak uit 2002 benadrukte de Afdeling dan ook, dat de door de bestuursrechter aan te leggen maatstaf een beperkte is. Gezien genoemde bepaling kan door de bestuursrechter slechts worden beoordeeld of het CBE zich al dan niet terecht op het standpunt heeft gesteld dat aan de formele voorschriften die bij of krachtens de Awb, de WHW of enige andere wet in formele zin zijn gesteld, is voldaan.<sup>38</sup> Deze maatstaf wordt ook door het CBHO gehanteerd.<sup>39</sup> De ratio achter deze overweging is evident: wat voorkomen moet worden is, dat de bestuursrechter door een (te) inhoudelijke toetsing van de uitspraak

35 CRvB 14 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB2013:1418.

36 Vgl. ABRvS 19 februari 2003, 200200241/1; ECLI:NL:RVS:2003:AF4735.

37 ABRvS 25 juli 2001, AB 2002, 347 m.nt. Vermeulen.

38 ABRvS 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen, JB 2002, 142 m.nt. Heringa. Sindsdien vaste jurisprudentie, zie bijvoorbeeld ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 227 en JB 2005/67; ABRvS 27 juni 2007, AB 2008, 88 m.nt. Jansen; ABRvS 13 mei 2009, 200807103/1; ABRvS 23 september 2009, 200902052/1.

In de uitspraak van 13 maart 2002, AB 2002, 348 m.nt. Vermeulen, JB 2002, 142 m.nt. Heringa oordeelde de Afdeling tevens dat de uit art. 8:4 onder e Awb voortvloeiende terughoudende rechterlijke toetsing geen schending oplevert van art. 6 EVRM.

39 CBHO 3 mei 2017, 2017/028.



van het CBE inzake een beoordelingsbesluit van een examinator - in strijd met art. 8:4 lid 3 onder b Awb - een rechtstreeks en inhoudelijk oordeel geeft over de beslissing van de examinator. In de jurisprudentie van het CBHO geldt dan ook als uitgangspunt dat het CBE alleen kan toetsen op de 'formele gronden', of zoals de standaardoverweging luidt 'dat het College slechts kan onderzoeken of het CBE terecht de vaststelling van de cijfers in stand heeft gelaten omdat bij de beoordeling door de examinator van de door appellant afgelegde cursussen aan de voorschriften van procedurele aard die bij of krachtens de Awb, de WHW of enige andere wet in formele zin zijn gesteld, is voldaan'.<sup>40</sup> Het CBHO gaat dan ook geen discussie aan over de kwestie of een vraag juist is gesteld, zelfs als deze juridisch van aard is.<sup>41</sup> Zo weigert het CBHO te treden in een discussie over de waardering van een antwoord op een tentamenvraag<sup>42</sup> of een puntentoekenning.<sup>43</sup>

Het CBHO toetst (net als de civiele rechter) grosso modo aan de zorgvuldigheidsnorm, en beziet daarbij (soms) ook of sprake is van onzorgvuldigheid in het stellen van tentamenopgaven aan de hand van richtlijnen van de examencommissie. Zo werd door het CBHO gesteld dat examinatoren (weliswaar) niet verplicht zijn om de richtlijnen te volgen, maar dat deze toch van belang zijn, want 'aan de hand van de door [student] ingeroepen richtlijnen kan worden onderzocht of de vraagstelling in het tentamen van dien aard is, dat zij geen blijk geeft van een zorgvuldige wijze van tentaminering. [...] het CBE [heeft] terecht geen aanknopingspunten gevonden om te oordelen dat de vraagstelling in het tentamen, gelet op het antwoordmodel, de grenzen van een zorgvuldige wijze van tentaminering te buiten gaan. De [examencommissie] heeft zich in dit verband op het standpunt mogen stellen dat bovendien uit de slagingspercentages van het vorige studiejaar en het afgelopen studiejaar evenmin volgt dat het tentamen niet aan de minimale zorgvuldigheidsvereisten voldeed'.<sup>44</sup>

Het slagingspercentage kan aldus een onderdeel van de toetsing vormen of een tentamen aan de zorgvuldigheidsnorm voldoet. Het CBHO lijkt daarmee in deze zaak overigens een iets verdergaande toets te hanteren dan de standaardjurisprudentie voorschrijft, omdat de vaststelling van opgaven immers ook onttrokken is aan toetsing in beroep door de bestuursrechter (art. 8:4 lid 3b WHW). Of de opgaven aan de normen van valide toetsing voldoen is evenwel niet ter beoordeling van de bestuursrechter. Daarenboven lijkt het slagingspercentage niet een juist criterium om te beoordelen of de examinator daarbij al dan niet zorgvuldig heeft gehandeld.

In een andere zaak oordeelde het CBHO over een uitspraak waarin het CBE stelde naast de formele eisen ook te toetsen aan de 'redelijkheid en billijkheid'.<sup>45</sup> Het CBHO vond die toetsingsmaatstaf 'niet onjuist'. Het CBHO toetste ook de stelling van de student dat hij te weinig tijd heeft gehad voor het tentamen: 'Het enkele feit dat appellant en een aantal andere studenten het tentamen niet binnen de beschikbare tijd hebben kunnen afronden, is daartoe onvoldoende. Overigens heeft appellant ter zitting van het College

---

40 CBHO 31 augustus 2017, 2017/057.

41 CBHO 18 juli 2018, 2018/053. Ook hier had de student een 'externe deskundige' ingeschakeld om de juistheid van het gegeven antwoord te betwisten.

42 CBHO 7 april 2015, 2015/007.

43 CBHO 8 mei 2015, 2014/224.

44 CBHO 3 april 2014, 2013/270.

45 CBHO 18 juli 2018, 2018/051.

verklaard dat hij van tevoren goed wist hoeveel tijd hij had voor het tentamen, maar dat hij tijdens het maken daarvan last had van spanning. De overweging van het CBE dat de examencommissie het tot haar taak kan rekenen om nader te onderzoeken waarom het slagingspercentage van dit tentamen laag is, betreft een overweging ten overvloede', aldus het CBHO. In deze zaak komt tevens naar voren dat een antwoordmodel ook niet alle mogelijke antwoorden hoeft af te dekken.

We zien in de CBHO-jurisprudentie criteria vergelijkbaar met die welke door de burgerlijke ter zake van de zorgvuldigheidsnorm worden aangelegd. Zo werd door het CBHO een beoordelingsformulier van een bachelorscriptie beoordeeld.<sup>46</sup> Het formulier schreef een waardering voor door middel van plus- en mintekens en een cijfer, door zowel de eerste beoordelaar als de tweede beoordelaar. Vervolgens gaven deze beoordelaars feedback: de eerste beoordelaar/begeleider deed dat gedetailleerd, de tweede beoordelaar beknopter. De student had de kans inhoudelijk op de feedback van de beide beoordelaars te reageren. De student was op de hoogte van deze wijze van totstandkoming van het cijfer. Het CBHO achtte in dat licht de beoordeling niet onzorgvuldig.

Feed back wordt door studenten ook wel opgevoerd als element om een positieve (eind) beoordeling te krijgen. Maar het feit dat bijvoorbeeld een opzet is goedgekeurd wil uiteraard niet zeggen dat daarmee een recht op afronding ontstaat: 'Met het CBE is het College van oordeel dat een student aan gegeven feedback geen rechtens te honoreren vertrouwen kan ontnemen dat hij, indien hij die feedback verwerkt, zonder meer een voldoende zal krijgen. Het geven van feedback betekent niet dat aanvankelijk voldoende althans niet onvoldoende beoordeelde onderdelen niet alsnog ter discussie mogen en kunnen worden gesteld, indien deze onderdelen (alsnog) onvoldoende blijken te zijn. Het CBE heeft in dit verband met juistheid overwogen dat feedback geen trechter vormt, maar uitsluitend een hulpmiddel voor de student om de scriptie te verbeteren.'<sup>47</sup>

Een zaak waar wel sprake was van onzorgvuldige beoordeling betrof een scriptie die door een tweede beoordelaar was nagekeken, maar waarbij het oordeel niet ondubbelzinnig was. Hierbij speelde ook mee dat het beoordelingsformulier zelf niet in het dossier zat, maar slechts in afgeleide vorm was weergegeven, en de samenstelling van de afstudeercommissie niet geheel onafhankelijk bleek te zijn vanwege een eerder incident. In dit geval oordeelde het CBHO dat het beroep gegrond was.<sup>48</sup>

Tot slot is in dit kader nog te wijzen op een zaak waarbij een stagebeoordeling als onzorgvuldig werd betiteld. Daar uit een dossier geen bewijs afgeleid kon worden dat er tussentijds negatieve beoordelingen waren gegeven, noch op welke wijze de student was beoordeeld en hoe dat had geleid tot het voortijdig beëindigen van de stage, gecombineerd met het feit dat de instelling niet de moeite nam om ter zitting een toelichting te geven, constateerde het CBHO dat 'onder deze omstandigheden [...] het ervoor [moet] worden gehouden dat de beslissing [...] niet zorgvuldig is voorbereid en voorts gebrek-kig is gemotiveerd.'<sup>49</sup>

<sup>46</sup> CBHO 9 mei 2018, 2018/005.

<sup>47</sup> CBHO 6 november 2014, 2014/114. Zie ook CBHO 7 juni 2018, 2018/050.

<sup>48</sup> CBHO 30 mei 2018, 2018/056.

<sup>49</sup> CBHO 30 juni 2016, 2016/055.

## **5 Tot slot**

Jan Struiksma is langdurig voorzitter van de Examencommissie voor de rechtenfaculteit en lid/plaatsvervangend voorzitter van de het College van beroep voor de examens van de Vrije Universiteit (geweest). Ik ben hem in al die jaren in het kader van procedures voor de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van beroep voor het hoger onderwijs niet tegengekomen. Dat is een goed teken: ik vermoed dat de beslissingen die onder zijn hoede zijn genomen de toets van de kritiek gemakkelijk doorstonden, zodat doorprocederen bij deze colleges onaantrekkelijk was. Jammer is wel, dat ik hem ook in ander verband de afgelopen jaren nauwelijks heb getroffen. Ik hoop dat het me gegund zal zijn om deze nuchtere, milde, opgewekte Zaankanter in de nabije toekomst - waarin wij misschien wat meer tijd hebben - weer wat vaker te zien.

# Wetenschappelijke integriteit en deugdzaamheid

*Prof. dr. G.A.M. (Guy) Widdershoven*

## 1 Inleiding

Een van de thema's in het werk van Jan Struiksma is wetenschappelijke integriteit. Als voorzitter van de Commissie Wetenschappelijke Integriteit (CWI) van VU en VUmc heeft hij zich de afgelopen jaren nadrukkelijk met dit onderwerp bezig gehouden. De CWI onderzoekt klachten betreffende de wetenschappelijke integriteit van onderzoekers van VU en VUmc. Daar is een kader voor, namelijk de Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit.<sup>1</sup> Maar dat kader is betrekkelijk globaal. Hoe moet het toegepast worden in de beoordeling van wetenschappelijke activiteiten van onderzoekers? Wanneer is sprake van overtreding van de regels? Daarop is niet altijd een eenvoudig antwoord te geven. In sommige gevallen is het zonneklaar dat er iets goed mis is. Neem de casus van Diederik Stapel, die data falsificeerde door zelf vragenlijsten, bestemd voor respondenten, in te vullen. Maar in andere situaties is minder eenvoudig vast te stellen of iets goed of fout is.

Wetenschappelijke integriteit is niet alleen een kwestie van regels. De term 'integriteit' duidt ook op een innerlijke houding, of deugd. Iemand die zich om externe redenen (bij voorbeeld angst voor repercussies) aan de regels houdt, noemen we niet integer. We verwachten dat goed gedrag wordt gemotiveerd door een innerlijk streven om het goede te doen. Juist dat lijkt bij Diederik Stapel te hebben ontbroken. Maar hoe is te beoordelen of een wetenschapper deugdzaam is? Waaruit blijkt dat? Welke rol speelt deugdzaamheid in het beoordelen van een klacht rond wetenschappelijke integriteit?

In deze bijdrage ga ik in op de volgende vragen. Wat zijn deugden? Wat is het belang van deugden in wetenschappelijke integriteit? Hoe kunnen deugden worden ontwikkeld? Welke rol spelen deugden in de beoordeling van klachten rond wetenschappelijke integriteit?

## 2 Wat zijn deugden?

Voor een omschrijving van deugd en deugdzaamheid kunnen we terecht bij Aristoteles<sup>2</sup>. In de *Nicomachische ethiek* plaatst hij deugden in het kader van het menselijk streven naar geluk (*eudaimonia*). Volgens Aristoteles streven alle menselijke handelingen naar een bepaald goed. Het goed, dat het doel is van de handeling, is hetzij middel voor

1 Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit (2018).

2 G. Widdershoven, *Handelen en rationaliteit*, Meppel: Boom 1987.

een ander doel, of een doel op zich. Volgens Aristoteles wordt één doel louter omwille van zichzelf nagestreefd, en dat is geluk. Geluk is het hoogste doel in het menselijk leven. Geluk is geen doel naast andere doelen; het omvat alle doelen, en is de horizon waarbinnen de andere doelen zin krijgen. Elk menselijk handelen staat uiteindelijk in dienst van het streven naar geluk. Het heeft in de lijn van Aristoteles geen zin om te streven naar, bij voorbeeld, aanzien op zichzelf. Aanzien is als doel enkel relevant indien het uiteindelijk bijdraagt tot geluk. Niet voor niets wordt gezegd dat iemand 'aanzien geniet'. Het voorbeeld van aanzien laat ook zien dat geluk afhankelijk is van relaties met anderen. Aanzien heeft men in de ogen van de omgeving. Toch wordt geluk volgens Aristoteles niet gekenmerkt door afhankelijkheid, maar door zelfgenoegzaamheid. Iemand die aanzien geniet is niet afhankelijk van de visie van anderen, maar wordt door anderen erkend in zijn of haar aanzienwaardigheid. Zo leveren anderen ook een essentiële bijdrage aan iemands geluk, zonder dat de persoon daarin van anderen afhankelijk is. In de relaties met anderen krijgt het eigen leven vorm en wordt het doel van het leven, namelijk geluk als individueel en sociaal gebeuren, gerealiseerd.

Het bereiken van geluk vereist volgens Aristoteles activiteit. Geluk komt niet aanwaaien, maar komt tot stand door menselijk handelen. Dat ligt ook besloten in het uitgangspunt van Aristoteles dat geluk het doel is waarnaar mensen *streven*. Aristoteles onderscheidt verschillende vormen van handelen: technisch handelen (*poiësis*), praktisch of moreel handelen (*praxis*) en theoretisch schouwen (*theoria*). Volgens Aristoteles is theoretisch schouwen de meest verheven menselijke act. In het beschouwen (contemplatie) komt het streven naar geluk het meest pregnant tot uitdrukking. Al het menselijk handelen is uiteindelijk gericht op het realiseren van het beschouwen, dat wil zeggen het zien van algemene verbanden en het kennen van eeuwige waarheden. Maar een waarlijk theoretische houding staat niet los van technisch en praktisch handelen. In de woorden van De Vogel: 'Het *theoretische* ideaal is voor de Griek - tenminste voor de Griek die het spoor van Socrates en Plato volgt - nooit los van de morele, innerlijke mens, die zijn banden heeft met de samenleving en zijn verplichtingen ook tegenover de minder begaafde medemens.'<sup>3</sup>

Volgens Aristoteles wordt menselijk leven en handelen gekenmerkt door redelijkheid of rationaliteit. De menselijke geest kan op verschillende manieren de waarheid bereiken. De meest prominente vorm van menselijke rede is wijsheid (*sofia*), die tot uitdrukking komt in het schouwen van eeuwige waarheden. Maar ook het technisch en praktisch handelen wordt gekenmerkt door het gebruik van de rede, respectievelijk door de technische rede (*technè*) en de praktische rede (*phronësis*). Technische en praktische rede hebben, in tegenstelling tot wijsheid, betrekking op het veranderlijke. Ze zijn gericht op inzicht in wat in de concrete situatie het beste past bij de omstandigheden. Dat is niet altijd hetzelfde. Technische en praktische rationaliteit behelzen, naast kennis van algemene principes, ook inzicht in de manier waarop die principes moeten worden toegepast in de concrete geval.

Technische en praktische rationaliteit vereisen volgens Aristoteles oefening en ervaring. Alleen door zich in de praktijk bekwamen, leert men wat in de specifieke situatie gepast

---

3 C. de Vogel, *Theoria*, Assen: Van Gorcum 1967, p. 158; G. Widdershoven, *Handelen en rationaliteit*, Meppel: Boom 1987, p. 16.

is. Technisch handelen, bij voorbeeld het vervaardigen van een stoel, veronderstelt kennis. Een timmerman moet bekend zijn met de eigenschappen van hout om een goede stoel te kunnen maken. Die kennis komt niet tot stand door nadenken, de timmerman moet oefenen om het hout 'in de hand' te krijgen. Bij moreel handelen geldt, op vergelijkbare wijze, dat men ervaring moet hebben. Men leert wat het goede is door om te gaan met anderen en al doende kennis te verwerven van wat in de omgang gepast is. Praktische rationaliteit is geen kwestie van redeneren, maar van gebruik en gewoonte. Morele ontwikkeling vereist de vorming van een houding (*hexis*) om het goede te doen. Een dergelijke houding noemt Aristoteles een deugd.

Een deugd is een innerlijke neiging of dispositie om het goede te doen, gebaseerd op oefening. Deugden belichamen praktische rationaliteit. Een voorbeeld van een deugd is dapperheid. Iemand die dapper is, weet het juiste midden te vinden tussen de extremen van lafheid enerzijds en driestheid anderzijds. Dat geldt niet alleen in de strijd, voor de Grieken een excellent voorbeeld van menselijk handelen. Het geldt ook in het tegemoet treden van mensen met wie men samenwerkt. Zo kan het van belang zijn iemand 'de waarheid te vertellen', bij voorbeeld als de persoon een fout maakt. Dat vereist dapperheid, als het juiste midden tussen omfloerst een toespeling maken in de hoop dat de ander de boodschap begrijpt, en de ander botweg in publiek confronteren met het feit dat hij of zij iets verkeerd doet. Wat het juiste midden is, is afhankelijk van de situatie, dat wil zeggen de ernst van de fout, en de openheid van de ander voor de boodschap en de persoon die de handeling verricht (diens manier om iets open en serieus naar voren te brengen). In sommige gevallen ligt het juiste midden dicht bij omzichtigheid, in andere gevallen is meer nadruk geboden. Iemand die praktische rationaliteit (*phronèsis*) bezit, is in staat het juiste midden te bepalen op basis van een door oefening verworven gerichtheid op het goede, ofwel deugdzaamheid. Praktische rationaliteit en deugd veronderstellen elkaar. Zonder een door oefening verworven gerichtheid op het goede geen inzicht, en zonder inzicht geen adequate houding ten opzichte van het goede.

### 3 Wetenschap en deugd

Is de Aristotelische opvatting van deugd relevant voor hedendaagse wetenschapsbeoefening? Dat lijkt niet direct voor de hand te liggen. Wetenschap is een kwestie van methode. De stappen die de wetenschapper zet, worden bepaald door methodologische regels. Natuurlijk moet de wetenschapper zich houden aan morele principes, bij voorbeeld het adequaat informeren van proefpersonen en het vragen van toestemming in het geval van biomedisch onderzoek. Maar in het wetenschappelijk onderzoek zelf gaat het om het toetsen van hypothesen via nauwkeurig vastgelegde procedures. Onderzoeksethiek en methodologie zijn verschillende zaken, niet alleen inhoudelijk, maar ook organisatorisch: ethische aspecten worden bewaakt door de medisch ethische toetsingscommissie, wetenschappelijke aspecten zijn het domein van de wetenschapscommissie.

Deze voorstelling van zaken is echter aanvechtbaar. Niet alleen ten opzicht van onderzoeksethische kwesties, ook met betrekking tot onderzoeksmethodologie vinden

afwegingen plaats. Wetenschap is mensenwerk. Dit wordt benadrukt door Karl Popper.<sup>4</sup> Tegenover het empirisme stelt hij dat wetenschap niet gebaseerd is op het registreren en combineren van feiten, maar op het formuleren van theorieën. Een theorie is een vermoeden, een mogelijke verklaring voor bepaalde fenomenen. Een goede wetenschapper is, aldus Popper, in staat een theorie te bedenken, en bereid die theorie kritisch te toetsen. In de benadering van Popper speelt oordeelsvorming, en daarmee deugd, een rol. Een vermoeden is geen wild verzinsel, maar een hypothetisch verband dat het waard is verder te onderzoeken. De wetenschapper moet in het opstellen van de theorie in staat zijn het midden te vinden tussen een pure gok en een opgelegd pandoer. Toetsen moeten passen bij de theorie en deze daadwerkelijk op de proef stellen. Dat wil zeggen dat ze niet te gemakkelijk moeten zijn, maar ook niet te ingewikkeld. Een strenge toets combineert eenvoud en kracht. Dat vereist deskundigheid en inzicht van de wetenschapper. Wanneer een theorie een eerste toets heeft doorstaan, dient de vraag beantwoord te worden of ze het vertrouwen verdient en de moeite waard is om verder te worden uitgewerkt en onderzocht. Daarbij vinden opnieuw afwegingen plaats. Een wetenschapper is in de ogen van Popper geen uitvoerder van procedures, maar een creatieve en kritische geest. Dat vereist gevoel voor verhoudingen en deugdzzaamheid.

Ook in de wetenschapsopvatting van Thomas Kuhn speelt deugd een rol. Kuhn ziet wetenschap als sociale praktijk<sup>5</sup>. Wetenschappers leren van anderen hoe ze de wereld moeten zien en onderzoeken. Ze volgen het voorbeeld van degenen die in het vak de lijnen uitzetten, en die het paradigma bepalen waarbinnen gehandeld wordt. Degenen die het voorbeeld geven, weten uit ervaring wat passend is in het kader van de betreffende onderzoekstraditie. Zij zijn in staat nieuwe onderzoeksvragen te formuleren. Daarbij getuigen ze van inzicht in het juiste midden tussen vragen die te vanzelfsprekend zijn enerzijds, en vragen die te ver voeren anderzijds. Degenen die het voorbeeld volgen bouwen gaandeweg ervaring op. Een voorbeeld volgen is meer dan het kopiëren van gedrag van anderen, het impliceert creativiteit. Om het voorbeeld te volgen, moet men inzicht hebben in wat kenmerkend is voor het voorbeeld en hoe dat in een specifiek situatie moet worden toegepast. Dit impliceert dat in de benadering van Kuhn deugdzzaamheid kenmerkend is voor zowel toponderzoekers die paradigma's ontwerpen als onderzoekers die binnen de paradigma's wetenschappelijk werk verrichten.

Men zou kunnen tegenwerpen dat de genoemde oordeelsvaardigheid van wetenschappers geen praktische, maar technische rationaliteit betreft. De vraag of een toets adequaat is, impliceert geen moreel oordeel. De vraag wat het voorbeeld van een ervaren onderzoeker precies betekent, is technisch en niet moreel van aard. Dat is juist, maar morele aspecten spelen bij dergelijke vragen wel een rol. De wetenschapper die claimt dat een theorie verder onderzocht en getoetst moet worden, doet een beroep op de wetenschappelijke gemeenschap; die toetsen kan de wetenschapper niet alleen uitvoeren, en het oordeel of de toets adequaat is, dient aan de kritiek van anderen te worden onder-

---

4 G. Widdershoven en T. Pieters, 'Wetenschap, een kwestie van waarneming?', in: T. Pieters en G. Widdershoven (red.), *Basisboek filosofie en geschiedenis van de gezondheidszorg*. Amsterdam: Boom 2019, p. 183-198.

5 G. Widdershoven en T. Pieters, 'Wetenschap, een kwestie van waarneming?', in: T. Pieters en G. Widdershoven (red.), *Basisboek filosofie en geschiedenis van de gezondheidszorg*. Amsterdam: Boom 2019, p. 183-198.

worpen. De ervaren onderzoeker die een nieuw paradigma voorstelt, vraagt vertrouwen van collega's in het nieuwe kader en coöperatie in het verder uitwerken daarvan. Wetenschappers hebben vertrouwen nodig van anderen (zowel collega's als het publiek), en dienen hun verhouding met anderen op verantwoorde wijze vorm te geven. Daarbij gaat het niet alleen om technische, maar ook om praktische vaardigheden. In de wetenschap zijn technische en praktische rationaliteit niet los van elkaar te zien. Technisch adequate oordeelsvorming vereist inzicht in morele verhoudingen en verantwoordelijkheden.

Uiteindelijk is in de wetenschap overigens ook wijsheid (*sofia*) in het geding. Zoals, aldus De Vogel, een theoretische houding niet los staat van een morele betrokkenheid op anderen, zo zijn technische en praktische oordelen niet enkel gericht op toevallige omstandigheden. Wetenschappers streven naar inzichten die een algemene geldigheid bezitten, hoe zeer die inzichten uiteindelijk ook beperkt zijn en de waarheid als zodanig niet kunnen vatten. Het bedenken van een theorie of het ontwikkelen van een nieuw paradigma, maar ook het op de proef stellen van de theorie of het uitwerken van een paradigma is inspirerend en geeft, als het goed gaat, een ervaring van geluk. Zodoende is ook de wetenschapper iemand die, in termen van Aristoteles, gericht is op *eudaimonia*, die vorm krijgt in de als integratie van technische, praktische en theoretisch-schouwen-de rationaliteit.

#### 4 Welke deugden zijn kenmerkend voor wetenschappelijke integriteit?

In het begrip wetenschappelijke integriteit komt het belang van deugden expliciet tot uitdrukking. Een wetenschapper vertoont integriteit wanneer hij of zij weet hoe zich te gedragen in het wetenschappelijk werk en binnen de wetenschappelijke gemeenschap. Principes van wetenschappelijke integriteit zijn *eerlijkheid*, *zorgvuldigheid*, *transparantie*, *onafhankelijkheid* en *verantwoordelijkheid*.<sup>6</sup> Deze principes zijn geen strikte richtlijnen, maar oriëntatiekaders. Ze moeten in het concrete geval toegepast worden. Daarvoor is inzicht nodig in specifieke omstandigheden. *Eerlijkheid* houdt onder andere in dat men alternatieve visies en tegenargumenten serieus neemt. Dat betekent dat men het juiste midden weet te vinden tussen het negeren van kritiek enerzijds, en het ingaan op elke mogelijke tegenwerping of alternatieve verklaring anderzijds. *Zorgvuldigheid* betekent dat men optimale precisie betracht bij de uitvoering van het onderzoek. Dat vereist inzicht in het juiste midden tussen slordigheid en obsessieve controle. *Transparantie* impliceert onder andere dat men open is over de rol van externe belangen. Hier is het zaak het juiste midden te vinden tussen het verbergen van belangen en het opsommen van alle mogelijke invloeden. Dat is nauw verbonden met *onafhankelijkheid*, als het zich niet laten bepalen door buiten-wetenschappelijke overwegingen. Hier moet men het midden bepalen tussen wetenschap als ivoren toren en wetenschap als politiek instrument. *Verantwoordelijkheid* betekent dat men rekening houdt met belangen van betrokkenen, zoals proefpersonen. Dat houdt onder andere in dat men proefpersonen op een passende manier benadert, en het midden weet te vinden tussen misbruik maken van altruïstische overwegingen van proefpersonen enerzijds, en het niet erkennen van

---

6 Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit (2018).



wetenschappelijk en maatschappelijk belang van het onderzoek, en daarmee van het belang van deelname door de proefpersoon anderzijds.

Hoe kan de wetenschapper die deugden verwerven? Dat vereist, als we Aristoteles volgen, oefening in de praktijk. Al doende leert men zien wat het belang is van bijvoorbeeld eerlijkheid als openheid voor kritiek, en hoe men daaraan adequaat gestalte kan geven. Hoeveel aandacht moet je besteden aan literatuur voordat je een studie doet? Wanneer helpt die literatuur de eigen geest te scherpen, en wanneer leidt hij tot verwarring? Natuurlijk is het van belang bestaande onderzoeken te bestuderen voor men aan het eigen onderzoek begint, bijvoorbeeld door een systematische review te doen. Maar hoe ervoor te zorgen dat dat werkelijk inzicht oplevert in wat eerder gevonden is, en een aanknopingspunt biedt voor verder onderzoek? Hetzelfde geldt voor de bespreking van mogelijke verklaringen voor resultaten van eigen onderzoek. Welke literatuur betrek je daarbij, en hoe gebruik je die om de bevindingen te nuanceren of aan te scherpen? Doen de geciteerde artikelen er werkelijk toe, helpen ze de uitkomsten van de studie te duiden, conclusies te trekken en nieuwe vragen te formuleren? Het antwoord op dergelijke vragen komt niet uit handboeken, maar vereist inzichten en vaardigheden die al doende verworven worden.

## **5 Het belang van reflectie: moreel beraad**

Het leren bepalen van het juiste midden vereist niet alleen oefening, maar ook reflectie. Dat wil niet zeggen dat men in algemene zin nadenkt over wat juist is, maar nadenkt over wat tot van belang is en tot een afweging komt in een concrete situatie. Een methode die gebruikt kan worden om tot dergelijke afwegingen te komen is moreel beraad.<sup>7</sup> Een moreel beraad is een groepsgebesprek, waarin deelnemers in een concrete casus onder begeleiding van een gespreksleider onderzoeken wat goed is om te doen. In een moreel beraad worden de perspectieven van de deelnemers geëxpliciteerd. Wat zijn voor hun, op basis van hun ervaring, belangrijke uitgangspunten of waarden? Een methode die hierbij structuur kan bieden is de dilemmamethode. Daarbij wordt uitgegaan van een dilemma dat een deelnemer ervaart of ervaarde in een specifieke situatie. Moreel beraad wordt breed toegepast bij klinische casuïstiek, maar kan ook gebruikt worden bij dilemma's in de onderzoekspraktijk. Een voorbeeld van een dilemma is hoe te handelen wanneer een reviewer een suggestie doet naar bepaalde literatuur te verwijzen, die niet direct relevant lijkt en mogelijk verband houdt met de theoretische invalshoek van de reviewer. De keuze is dan de suggestie te volgen, en nader te onderzoeken of de literatuur wellicht nieuw licht werpt op de bevindingen van het onderzoek, of dit niet te doen, vanwege de tijd die dat kost en het risico dat de literatuur vanwege de specifieke theoretische achtergrond de duiding van de bevindingen niet zal versterken. Tijdens het onderzoek van het dilemma kan blijken dat deelnemers aan het moreel beraad in de gegeven situatie verschillende waarden hanteren en prioriteren. Door dat met elkaar te delen, krijgt men meer zicht op wat relevante waarden zijn en hoe die zouden kunnen worden toegepast. Een waarde die hierbij ter sprake kan komen, is eerlijkheid. Het is

---

<sup>7</sup> H. van Dartel en B. Molewijk (red.), *In gesprek blijven over goede zorg*. Amsterdam: Boom 2014; G. Widdershoven, 'Moreel beraad als interventie', in: E. Koster (red.), *Wat is wetenschap?*, Amsterdam: VU University Press 2014, p. 345-359.

belangrijk een reviewer serieus te nemen en suggesties te onderzoeken. Andere waarden zijn onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid. Het is van belang het onderzoek niet te laten afhangen van min of meer toevallige suggesties van een reviewer, en de kosten in termen van tijdsinvestering goed te besteden. Een mogelijke uitkomst van het onderzoek kan zijn dat eerlijkheid in deze casus niet betekent dat men de suggestie van de reviewer zonder meer volgt, maar dat men allereerst beoordeelt wat de potentiële waarde ervan is, en indien die gering is, dit open in het antwoord aan de reviewer formuleert.

De waarden die in het moreel beraad worden besproken, zijn geen abstracte beginselen. Het gaat erom te expliciteren wat de deelnemers in hun handelen richting geeft en hoe zij dit hun wetenschappelijke praktijk vorm geven. Bij het onderzoek naar waarden gaat het erom de deugden te expliciteren die in het handelen van de deelnemers belichaamd zijn en die hun manier van beoordelen van en omgaan met moeilijke situaties structureren. De vraag in moreel beraad is niet: 'welke oplossingen kun je bedenken, en wat zouden daarvan voor- en nadelen zijn?', maar: 'wat zou *jij* doen, en wat staat er daarbij *voor jou* op het spel?' Moreel beraad is een reflectie op deugden, die, door verheldering van wat er in de concrete situatie op basis van de ervaring van de deelnemers van belang is, leidt tot aanscherping van inzicht in de situatie en versterking van de praktische rationaliteit van de deelnemers.

Wetenschappelijk integriteit vereist oefening en inzicht van wetenschappers. Dat dient in de opleiding tot wetenschapper nadrukkelijk aan bod te komen. Specifieke cursussen kunnen hierbij een rol spelen, om het belang van het onderwerp duidelijk te maken en te verduidelijken welke principes er in het geding zijn. In dergelijke cursussen dient reflectie op de praktijk een centrale plek in te nemen. Tegen welke dilemma's loop je als onderzoeker aan, wat staat daarbij op het spel en hoe kun je op een verantwoorde manier omgaan met de situatie? Om wetenschappelijke integriteit te bevorderen moet een klimaat geschapen worden waarin verantwoord handelen gewoon is en ruimte is voor reflectie op moeilijke situaties.

## 6 Hoe wetenschappelijke integriteit te beoordelen?

Wetenschappelijke integriteit reikt verder dan individueel gedrag van wetenschappers. Wetenschap is teamwerk. Binnen teams dient aandacht te zijn voor de ontwikkeling en praktisering van deugden. Er moet ruimte zijn voor oefening en reflectie. Hier ligt ook een taak voor de instelling. In universiteiten en onderzoeksinstituten moet aandacht besteed worden aan de opleiding en vorming van onderzoekers en het belang van deugden in wetenschapsbeoefening. Bestuurders moeten eerlijkheid, zorgvuldigheid, transparantie, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid bevorderen. Dat betekent dat ze discussie over verschillende benaderingen in wetenschap moeten bevorderen, ruimte en tijd moeten bieden voor precisie in de uitvoering van onderzoek, de balans tussen zuiver en toegepast wetenschappelijk onderzoek moeten bewaken, en moeten stimuleren dat verantwoord wordt omgegaan met publieke middelen.

Een onderdeel van instellingsbeleid ter bevordering van wetenschappelijke integriteit is een klachtenregeling. Wanneer het vermoeden bestaat dat de wetenschappelijke integriteit is geschonden, kan hierover een klacht worden ingediend bij een door de instelling

aangewezen functionaris of commissie. In eerste instantie komt hiervoor een vertrouwenspersoon in aanmerking, die de situatie met de klager bespreekt en samen met de klager bekijkt welke acties tot verheldering of verandering zouden kunnen leiden, bij voorbeeld overleg met degene die de klacht betreft en eventueel diens leidinggevende. Leidt dit niet tot een oplossing, dan kan een klacht worden ingediend bij een commissie, zoals, in het geval van VU en VUmc, de CWI. De CWI beoordeelt of de klacht ontvankelijk is. Indien dat het geval is, worden klager en beklaagde gehoord en wordt relevant materiaal opgevraagd en onderzocht. De behandeling van de klacht is vertrouwelijk.

In haar oordeel richt de CWI zich op specifieke handelingen (of nalatigheden) van de beklaagde. Het gaat niet om de vraag of de betreffende wetenschapsbeoefenaar in het algemeen verantwoord heeft gehandeld, maar of dat in de situatie die in de klacht aan de orde is, het geval is. Zijn in een concreet onderzoeksproject de data juist verzameld en geanalyseerd? Is een niet-wetenschappelijk belang adequaat gemeld? Daarbij speelt de dispositie van de wetenschapper wel degelijk een rol. Van belang is hoe de wetenschapper aankijkt tegen fundamentele principes van wetenschappelijk handelen en deze in de eigen onderzoekspraktijk vorm geeft. De concrete handelingen van de wetenschapper worden beoordeeld in het licht van diens inzichten en gewoonten ten aanzien van wat gepast is. Een incidentele vergissing in de dataverzameling wordt anders beoordeeld dan een systematische neiging om slordig met data om te gaan; een eenmalig verzuim ten aanzien van het vermelden van een niet-wetenschappelijk belang is anders van aard dan een permanent gebrek aan inzicht in bedreigingen van de onafhankelijkheid. In de beoordeling van de klacht richt de CWI zich op de vraag of het handelen van de beklaagde getuigt van voldoende inzicht in wat in de gegeven situatie passend is, dat wil zeggen of het handelen gekarakteriseerd kan worden als deugdzzaam.

Bij de beoordeling van een klacht biedt de Nederlandse gedragscode wetenschappelijk integriteit een kader. Dat betekent dat de commissie de regels toepast op de concrete situatie. De vraag die de commissie stelt is of in het specifieke geval sprake is van bij voorbeeld zorgvuldigheid of onafhankelijkheid. De beoordeling van een klacht over wetenschappelijke integriteit vereist inzicht in de algemene regels enerzijds, en in de toepassing daarvan op de gegeven omstandigheden anderzijds. Dit is, aldus Gadamer, kenmerkend voor de rechtspraak.<sup>8</sup> Zoals de wetenschapper dient te beschikken over deugdzzaamheid, zo moet de CWI in haar oordeel getuigen van inzicht in het juiste midden. Dat inzicht is gebaseerd op de kennis en vaardigheden van de leden, maar ook op de uitwisseling van perspectieven tijdens het overleg binnen de commissie. Zoals in een moreel beraad via onderzoek van verschillende visies en ervaringen een bredere kijk ontstaat op een moreel lastige situatie en nieuwe mogelijkheden worden verkend om met ermee om te gaan, zo kunnen leden van de CWI elkaars gezichtspunt ten aanzien van het handelen van de beklaagde bevragen en tot een gedeeld oordeel komen over wat in de gegeven situatie passend is. Gadamer spreekt in dit verband van horizonversmelting.<sup>9</sup>

---

8 H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B. Mohr 1960; G. Widdershoven, *Handelen en rationaliteit*, Meppel: Boom 1987.

9 H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B. Mohr 1960; G. Widdershoven, *Handelen en rationaliteit*, Meppel: Boom 1987.

## **7 Tot besluit**

Zoals op andere terreinen van professioneel handelen, is integriteit ook in de wetenschapsbeoefening een thema dat in toenemende mate maatschappelijk aandacht krijgt. Vaak gaat het daarbij om verontwaardiging over grove schendingen van de wetenschappelijke integriteit. In dergelijke situaties is de betrokkene de maat uit het oog verloren. Het ontbreekt aan inzicht in verhoudingen en een gerichtheid op wat goed en passend is. Dergelijke extremen laten zien dat het in de wetenschapsbeoefening gaat om praktisch inzicht in en door oefening verworven oriëntatie op het juiste midden. Het bepalen van het juiste midden is geen mathematische procedure. Het vereist aandacht voor de specifieke situatie en gevoeligheid voor de manier waarop algemene principes daarin toegepast moeten worden.

Ook bij de behandeling van klachten rond wetenschappelijke integriteit is gevoel voor verhoudingen essentieel. Het gaat erom het handelen van de betrokkene te duiden en zicht te krijgen op diens wijze van omgaan met principes van eerlijkheid, zorgvuldigheid, transparantie, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid. Deugdzaamheid is van belang, niet alleen in de uitoefening, maar ook in de beoordeling van wetenschappelijke integriteit.



# **Deel II**

**Methodologie van juridisch onderzoek en onderwijs**



# Normatieve uitspraken in de rechtswetenschap: ook maar meningen?

*Mr. dr. L.C. (Lisanne) Groen & prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof*

## 1 Inleiding

Jan heeft gedurende zijn wetenschappelijke carrière niet alleen het ruimtelijke ordeningsrecht en het omgevingsrecht beoefend, maar tevens een belangrijke bijdrage geleverd aan het (denken over het) wetenschappelijk gehalte van juridisch onderzoek en de daaraan ten grondslag liggende methodologie. In deze bijdrage richten wij onze aandacht in het bijzonder op Jans beschouwingen hierover. Daarbij gaan wij in het bijzonder in op Jans opvatting over in hoeverre de rechtswetenschapper iets kan (of moet) zeggen over hoe het recht *zou moeten* luiden. Het standpunt dat Jan hierover heeft is uitgesproken: rechtswetenschappers mogen dat niet doen. wij gaan hierover met Jan ‘in gesprek’.

In paragraaf 2 zetten wij Jans theorie over rechtswetenschappelijk onderzoek uiteen, waarbij wij eindigen met zijn opvatting over normatieve uitspraken van rechtswetenschappers over het recht. Vervolgens gaan wij in paragraaf 3 in op de vraag of wij als rechtswetenschappers inderdaad niets over ‘*law as it ought to be*’ zouden mogen zeggen. Daarin zijn bevindingen neergelegd van een beperkt onderzoek naar beschouwingen die inhouden dat dergelijke uitspraken wél mogen worden gedaan. Wij behandelen benaderingen van Smith en Smits. In paragraaf 4 bespreken wij waarom normatieve uitspraken in de rechtswetenschap niet zo maar meningen hoeven te zijn. Daarbij komt ook aan de orde dat Jan óók wel eens iets normatiefs doet en waarom dat een goede zaak is. Wij sluiten af in paragraaf 5.



## 2 Jans opvattingen over dogmatisch rechtswetenschappelijk onderzoek

In 2012 verscheen *Het geschil als spil*, waarin Jan de rechtswetenschappelijke redeneermethode analyseert.<sup>1</sup> In latere publicaties, onder meer in het *Tijdschrift voor Bouwrecht*, borduurt hij op dit werk voort.<sup>2</sup> Hierna wordt zijn theorie kort weergegeven.

### 2.1 Verwevenheid als hindernis

Jan constateert dat het systeem van juridische begrippen op een ingewikkelde en niet goed in beeld gebrachte wijze is verknoopt met regels zoals ze in de rechtspraktijk worden toegepast. Hij beschrijft dat sprake is van een theoretische, praktische en personele verwevenheid. Zo is het rechtssysteem niet alleen onderwerp van onderzoek, maar vervult het tevens de rol van theoretisch kader. De theorie is dus als het ware normatief voor de praktijk van de regels, maar de praktijk zelf is óók normatief: met de rechtsregels wil men het gedrag van mensen sturen. Verder hebben ook juridische begrippen en de wetenschappelijke omschrijving daarvan een normatieve lading. Dit impliceert dat een rechtswetenschapper niet alleen registreert, maar ook modelleert op basis van zijn rechtvaardigheidsgevoel. Het gaat er niet alleen om dat een begrip een juiste plaats krijgt in het theoretische systeem, het moet ook een rechtvaardig gevolg hebben bij praktische toepassing. De wetenschapper voert in dat kader voorts experimenten uit, waarbij de gevolgen van de ene of andere omschrijving van een begrip worden getoetst aan bestaande of hypothetische casus. Op dat moment lijkt het werk van een wetenschapper precies op dat van een wetgevingsambtenaar, advocaat of rechter. In de praktijk hebben vele rechtswetenschappers bovendien ooit wel een van deze drie rollen gespeeld. Deze verschillende vormen van verwevenheid maken het, zo stelt Jan, lastig om een heldere blik te krijgen op de ontwikkeling van de rechtswetenschap.<sup>3</sup>

### 2.2 Het geschil als spil

Om het probleem van de verwevenheid op te lossen gaat Jan bij het formuleren van zijn theorie uit van een 'historische nulsituatie', dat wil zeggen: een situatie waarin er geen recht is.<sup>4</sup> Uiteraard is er wel interactie tussen mensen. Deze interactie leidt tot verhoudingen, die weer tot bepaalde gedragingen verplichten. Over (het achterwege blijven van) die gedragingen zullen geschillen ontstaan die aan geschilbeslechers worden voorgelegd. Zij hebben geen recht tot hun beschikking, maar beslissen op basis van hun rechtvaardigheidsgevoel. Als zij dit regelmatig doen, zullen zijn op den duur geschillen gaan herkennen aan de hand van steeds terugkerende verhoudingen en gedragingen. Zo

---

1 J. Struiksma, *Het geschil als spil*, Zaandam: J. Struiksma 2012. Zie voor kiemen: J. Struiksma, 'De verwevenheid van theorie en praktijk', in: T. de Gier en G. Jurgens (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 517-525, in het bijzonder p. 517-520.

2 J. Struiksma, 'De wetenschappelijkheid van het Tijdschrift voor Bouwrecht', TBR 2014/6, p. 485-490 [Struiksma 2014-1]; J. Struiksma, 'Het wetsvoorstel Omgevingswet: de beperkingen van een wetenschappelijke beoordeling', TBR 2014/9, p. 806-810 [Struiksma 2014-2]. Zie ook J. Struiksma, 'Legal Dogmatics and Academic Education', ReM 2013/2, p. 24-36.

3 Struiksma 2012, p. 6-7.

4 Struiksma 2012, p. 7-8.

ontstaat in het geheugen van een geschilbeslechter een beslisregel - en op den duur een samenhangende structuur van begrippen, omschrijvingen en verplichtingen - welke zich mettertijd tot rechtsregel zal ontwikkelen. In een later stadium van maatschappelijke ontwikkeling zullen rechtsregels worden vastgesteld door regelgevers.<sup>5</sup>

Als een samenleving zich ontwikkelt, neemt het aantal geschillen toe. Dat geldt ook voor het aantal geschilbeslechters en, op den duur, regelgevers en adviseurs. Er ontstaat een wildgroei aan begrippen, regels en interpretaties van die regels waarin ordening moet worden aangebracht. De rechtswetenschap ontstaat en ontwikkelt zich - met de noodzaak van geordende kennisoverdracht als katalysator - en heeft tot doel ordening aan te brengen in deze chaos. Deze ordening vindt plaats door te reconstrueren hoe geschilbeslechters de relevante feiten en omstandigheden hebben vertaald in begrippen, om vervolgens van die begrippen definities te geven en daarover in een forum te discussiëren. De noodzaak van ordening is permanent. Langzamerhand wordt aldus een theoretisch begrippensysteem opgebouwd, waarbinnen nieuwe begrippen door middel van een 'empirische cyclus' worden getoetst aan dat theoretische systeem, maar ook aan uitspraken van geschilbeslechters en bedoelingen van regelgevers.<sup>6</sup>

### 2.3 De empirische cyclus

Deze 'empirische cyclus' beschrijft Jan - voortbouwend op de theorie van De Groot<sup>7</sup> - als volgt:

\* *Observatie*. In deze fase gaat het om het verzamelen van het te bewerken materiaal. De onderzoeker pleegt een voorlopige groepering aan de hand van gelijkenissen wat betreft verhoudingen en gedragingen. De eerste voorlopige begripsomschrijvingen borrelen op.

\* *Inductie*. Uit de manier waarop regels in uitspraken zijn toegepast op de daarin beschreven feiten en omstandigheden, kan worden afgeleid welke betekenis door de desbetreffende geschilbeslechter werd toegekend aan de in dat specifieke geschil voorkomende verhouding en gedraging. De onderzoeker kiest een naam voor de verhouding of gedraging en formuleert een begripsomschrijving die de in het geschil naar voren gebrachte feiten en omstandigheden dekt. De begripsomschrijving functioneert als hypothese.

\* *Deductie*. De voorspelling is dat de begripsomschrijving gelijksoortige feiten en omstandigheden in verschillende geschillen sluitend zal beschrijven. Dit betekent niet dat de omschrijving al definitief is. Het is juist de bedoeling dat zij verder wordt ontwikkeld door haar steeds maar weer door toetsing op de proef te stellen.

\* *Toetsing*. Per geschil wordt onderzocht of voldaan wordt aan de voorspelling. Dit impliceert dat onder ogen wordt gezien dat in een geschil weliswaar sprake is van gelijksoortige feiten en omstandigheden, maar dat de begripsomschrijving daarop toch niet kan worden toegepast.

---

5 Struiksmā 2012, p. 9-11.

6 Struiksmā 2012, p. 11-12.

7 A.D. de Groot, *Methodologie*, Assen: Van Gorcum 1994, p. 6.

\* *Evaluatie.* Na toetsing moet worden beoordeeld of de omschrijving kan worden aangepast, of in stand kan worden gelaten maar met introductie van een verbijzonderende omschrijving. Ook kan er aanleiding zijn tot een geheel nieuwe omschrijving te komen.<sup>8</sup>

Jan stelt dat er meer soorten onderzoek mogelijk zijn naarmate de theorie groeit: eerst zal het werk zich richten op het omschrijven van begrippen zoals ze worden gebruikt in rechtsregels en in een later stadium zal de nadruk komen te liggen op het aanbrengen van samenhang tussen de begripsomschrijvingen door ze onder te brengen in verzamelingen van gelijksoortige begrippen. Het aanbrengen van samenhang leidt er toe dat niet alleen de begrippen worden geordend, maar ook de regels waarin de begrippen zijn toegepast. Bovendien kunnen uitspraken waarin de regels aan de orde zijn gekomen aan de hand van de theoretische samenhang worden geordend. Gaandeweg zal de nadruk bij het rechtswetenschappelijk onderzoek komen te liggen op het formuleren van oplossingen van problemen die zich voordoen in de theorie.<sup>9</sup>

De hiervoor beschreven ‘empirische cyclus’ past volgens Jan bij de dogmatische rechtswetenschap, die aldus neerkomt op de systematische bewerking en veralgemenisering van in geschilbeslechting ontstane begrippen.

## **2.4 Toegepast rechtswetenschappelijk onderzoek**

Naast de dogmatische rechtswetenschap onderscheidt Jan de toegepaste rechtswetenschap die, zo stelt hij, met name voortvloeit uit onderzoek naar bijzondere rechtsgebieden. Voorbeelden van bijzondere rechtsgebieden die Jan noemt zijn onder meer het aanbestedingsrecht, het bestuurlijk schadevergoedingsrecht en het omgevingsrecht. Hoewel het volgens Jan de bedoeling is dat de systematiek van deze rechtsgebieden aansluit bij de algemene leerstukken (die in het kader van de dogmatische wetenschap zijn geformuleerd), leiden zij voor het overige een geïsoleerd bestaan: de gehanteerde begrippen hebben betrekking op zeer specifieke rechtsverhoudingen en zijn om die reden weinig generaliseerbaar.<sup>10</sup>

Jan stelt dat bijzondere rechtsgebieden hun oorsprong vinden in keuzes die door wetgevers op basis van politieke opvattingen zijn gemaakt ten aanzien van de inrichting van de maatschappij.<sup>11</sup> Die keuzes moeten worden geëffectueerd door gedrag te sturen. De nadruk van het wetenschappelijk onderzoek naar bijzondere rechtsgebieden zal, zo stelt Jan, vooral liggen in de wetenschappelijke onderbouwing van de met de regelgeving te dienen doelen in relatie tot de doeltreffendheid van die regelgeving en kent een voornamelijk toegepaste invalshoek. In een rechtsdogmatische benadering wordt beoordeeld of regelgeving in het licht van de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen houdbaar en consistent is, en of de daarin vervatte instrumenten geschikt en nodig zijn om de doelstellingen te bereiken. Het onderzoek kan echter een multidisciplinair karakter krij-

---

8 Struiksma 2012, p. 44-45.

9 Struiksma 2012, p. 45.

10 Struiksma 2014-1, p. 489.

11 Struiksma 2014-1, p. 489.

gen als er mede gebruik wordt gemaakt van kwantitatieve methoden waarmee bepaald kan worden of de gekozen instrumenten effectief (zullen) zijn (geweest).<sup>12</sup>

## 2.5 **Ius constituendum: het recht zoals het zou moeten zijn**

Zien wij het goed, dan bestaat de taak van de rechtswetenschapper volgens Jan - of hij nou (zuiver) dogmatisch of toegepast rechtswetenschappelijk onderzoek verricht - in het duiden en ordenen van *wat er is*. Hij kan zich niet (of in ieder geval slechts in zeer beperkte mate) uitlaten over *wat er zou moeten zijn*. Dat is de rol van de wetgever, rechters en advocaten en adviseurs.<sup>13</sup> Hoe Jan de rol van de rechtswetenschapper en de uitspraken die deze kan doen ziet, wordt helderder als wij hem contrasteren met hoe Jan de rol van de geschilbeslechter ziet.

De rol van de geschilbeslechter werd hierboven beschreven: hij neemt een beslissing na kennisneming van de feiten en omstandigheden *intuïtief*. Als op een bepaald geschil geen regels van toepassing zijn, is de rol van de intuïtie beperkt tot een gevoel over wie gelijk zou moeten krijgen, gegeven de omstandigheden van het concrete geval. Naarmate een type geschil zich vaker voordoet, zal de geschilbeslechter zijn rechtvaardigheidsgevoel steeds meer hebben 'opgevuld' met beslisregels. Ook dan speelt intuïtie een rol, en wel bij de keuze van de toepasselijke regel dan wel de selectie van feiten en omstandigheden. Onder verwijzing naar Simon stelt Jan dat uit experimenten blijkt dat het redeneerproces in twee richtingen verloopt, waarbij de interpretatie en ordening van een complex van feiten en omstandigheden met het oog op een (intuïtieve) voorkeursoplossing zó plaatsvindt, dat in dat complex langzamerhand geen tegenstrijdigheden meer voorkomen.<sup>14</sup> Is eenmaal een coherente situatie bereikt, dan kan het bewuste redeneerproces met overtuiging een regel toepassen die tot de voorkeursoplossing leidt. Kortom: de toepassing van een regel in het concrete geval moet in overeenstemming zijn met zijn rechtvaardigheidsgevoel.

12 Struiksma 2014-1, p. 489; Struiksma 2014-2, p. 807. Het onderscheid tussen dogmatisch en toegepast rechtswetenschappelijk onderzoek is naar ons oordeel in theorie behulpzaam, maar de vraag is of het in de praktijk wel te maken is. Het zou met zich brengen dat aanpassing van het wettelijk besluitbegrip op basis van een bestendige jurisprudentielijn als rechtsdogmatisch moet worden gekenschetst, terwijl aanpassing van bijvoorbeeld het wettelijk begrip 'stedelijke ontwikkeling' (in art 3.1.6 van het Besluit ruimtelijke ordening) op basis van zo'n zelfde lijn een voorbeeld van toegepast onderzoek is. Ook zou het met zich brengen dat een doel-middel redenering nooit ten grondslag kan liggen aan wettelijke nuancerings van juridische sleutelbegrippen die deel uitmaken van het algemeen bestuursrecht of privaatrecht.

13 Wij menen dat de rechter regelmatig een 'wetenschappelijke methode' hanteert. Om een voorbeeld te noemen: ABRvS 27 september 2017, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel. Hierin oordeelde de Afdeling kort gezegd dat wanneer in een Algemene Plaatselijke Verordening van een gemeente een sterke verbondenheid is gecreëerd tussen het vergunningenregime voor een exploitatievergunning en een afwijkingsomgevingsvergunning, de uit de transparantieverplichting voortvloeiende eisen van openbaarheid die voor de burgemeester gelden bij de verdeling van de vrijvallende schaarse exploitatievergunning tevens gelden bij de procedure voor verlening van de omgevingsvergunning voor met het bestemmingsplan strijdig gebruik. Beide procedures dienen dan op elkaar te worden afgestemd. Hier wordt aan juridische theorievorming gedaan. Ook doet de Afdeling advisering aan toegepast rechtswetenschappelijk onderzoek: de definitie die Jan daarvan geeft (zie par. 2.4 in deze bijdrage) vertoont sterke gelijkenissen met de beleidsanalytische toets.

14 D. Simon, 'A third view of the black box: cognitive coherence in legal decision making', 71 University of Chicago Law Review 511 (2004).

De beslisregels die geschilbeslechters hebben geformuleerd kunnen door een wetgever worden vastgelegd.<sup>15</sup> Voor overdracht van kennis over regels en geschillen is onderwijs belangrijk. Om dit onderwijs goed te kunnen geven, moet rechtswetenschappelijk onderzoek worden verricht. Door onderzoek vindt langzaam een opbouw van een theorie plaats: een geheel van logisch samenhangende, niet-strijdige beweringen, opvattingen en begrippen. Die theorie is geen normatieve, maar een *voorspellende* theorie: met de begrippen in de regels worden gelijksoortige feiten en omstandigheden in een geschil sluitend beschreven en op basis hiervan kan worden voorspeld wat een geschilbeslechter zal beslissen. Beslist hij anders dan voorspeld, dat wordt de theorie aangepast of verfijnd (hierboven, paragraaf 2.3).<sup>16</sup> Rechtswetenschappers die zich op deze wijze met - zoals Jan het duidt - *dogmatische* rechtswetenschap (paragraaf 2.4) bezighouden, ordenen, maar 'schrijven niet voor'.<sup>17</sup>

Beweringen over het *ius constituendum* - dus over hoe het recht *zou moeten* luiden - kunnen volgens Jan vanuit drie invalshoeken geschieden: de theoretische, die van de rechtvaardigheid en de utilitaire. Jan werkt alleen de theoretische variant uit.<sup>18</sup> Onderzoek naar *ius constituendum* en onderzoek dat ten grondslag ligt aan algemene wetgeving zijn aan elkaar verwant, zij het dat het initiatief in het eerste geval bij de wetenschap ligt en in het tweede geval bij de wetgever. Hij noemt het werk aan wetgeving als de Algemene wet bestuursrecht of het Burgerlijk Wetboek als voorbeeld. Onderzoek dat ten grondslag ligt aan algemene wetgeving is een vorm van *toegepast* wetenschappelijk onderzoek. Om welk theoretisch onderzoek het ook gaat en wat de aanleiding ook is, het zou niets te maken hebben met een oordeel over rechtvaardigheid van keuzes. Ook de beoefenaar van de toegepaste rechtswetenschap zal in Jans opvatting dus (vrijwel) niets anders kunnen doen dan *constateren*.<sup>19</sup>

## 2.6 Rechtswetenschap is volgens Jan niet normatief

We kunnen de balans opmaken over Jans opvattingen over normativiteit en rechtswetenschap. Jan meent dat de rechtswetenschap bij uitstek dogmatische rechtswetenschap is. Daarin is sprake van een theoretische benadering in het recht. In die benadering worden wettelijke voorschriften en/of rechterlijke uitspraken in een logisch verband geplaatst. De consequenties van een theoretische keuze worden getoetst aan de hand van een van een echt of denkbeeldig geval. Als de toepassing van een theoretische keuze niet in overeenstemming is met een uitspraak van de geschilbeslechter, kan dat aanleiding zijn tot aanpassing van het theoretisch kader of tot de conclusie dat de uitspraak gelet op die keuze anders had moeten luiden. Dat betekent volgens Jan echter niet dat dan een rechtvaardigheidsoordeel wordt gegeven.<sup>20</sup> Kortom: de rechtswetenschap is in principe

---

15 Struiksma 2012, p. 28-30.

16 Struiksma 2012, p. 33-45.

17 Struiksma 2012, p. 45-47. Wij zijn ons er overigens van bewust dat wetenschappers - in tegenstelling tot wetgevers en rechters - juridische begrippen niet afdwingbaar gezaghebbend kunnen duiden.

18 Zie voor een (beknpte) uitwerking van de utilitaire variant overigens: G.G.A. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', NJB 2004, p. 58-66. De ultieme doelstelling van het recht zou utilitaristisch zijn: het gaat altijd om het maximaliseren van geluk in de samenleving.

19 Struiksma 2014-1, p. 487-488.

20 Struiksma 2014-1, p. 487.

dogmatisch, en rechtsdogmatische wetenschap is niet normatief. Wetenschappers kunnen weliswaar meningen hebben over hoe het recht in een concreet geval zou moeten worden toegepast, maar het uiten daarvan is geen wetenschap: het is het vervullen of nabootsen van de praktische rol van adviseur, advocaat of rechter.<sup>21</sup>

### 3 Smith en Smits: rechtswetenschap is wél normatief

De vraag is of rechtswetenschappers niet méér mogen doen dan alleen duiden *hoe het is*, en of dat meerdere niet toch als wetenschapsbeoefening kan worden geduid. Is het niet zonde als wetenschappers zich niet mogen uitlaten over de richting waarin het recht zich zou moeten ontwikkelen? En kunnen die uitlatingen niet óók als ‘wetenschappelijk’ worden gekwalificeerd? Weliswaar ligt het gevaar op de loer dat rechtswetenschappelijke uitspraken over hoe het recht zou moeten luiden tot ‘ook maar een mening’ verworden als daaraan geen theorie ten grondslag ligt, maar kan een dergelijke theorie niet worden geformuleerd? Smith en Smits menen dat dat inderdaad kan. Hierna geven wij hun redeneerlijn kort weer.

#### 3.1 Smith 2009 - Het normatieve karakter van de rechtswetenschap

Theorievorming in de rechtswetenschap heeft volgens Smith een normatief karakter. Het gaat steeds om ontwikkeling, toepassing en uitleg van juridische begrippen. De begrippen en de regels (waarin de begrippen zijn opgenomen) vormen een samenhangend systeem. Als van een bepaalde beslissing van een geschilbeslechter in theoretisch rechtswetenschappelijk onderzoek wordt vastgesteld dat zij juist is - in die zin dat zij past in het systeem - is dat oordeel niet slechts een descriptieve uitspraak. Impliciet wordt dan toch ook een normatieve uitspraak gedaan: wij drukken ermee niet alleen uit dat het geval onder een bepaalde regel valt, maar ook dat dit zo behoort te zijn. Ook de zogenoemde objectieve bestudering van het recht in het op theorievorming gerichte rechtsdogmatische of rechtswetenschappelijke onderzoek veronderstelt een normatief gezichtspunt. De onderzoeker kan niet uitsluitend vanuit een extern perspectief (dat wil zeggen: heeft de theorie voldoende voorspellende kracht met betrekking tot beslissingen die de geschilbeslechter zal nemen?) gedrag van een geschilbeslechter (of een bestuursorgaan of wetgever) bestuderen. Hij zal moeten nagaan hoe zij de begrippen en regels begrijpen en de desbetreffende regelingen in het licht plaatsen van beoogde maatschappelijke doeleinden en uitgangspunten van een rechtsorde of rechtssysteem.<sup>22</sup>

Het recht kent volgens Smith eigen doelstellingen die in acht moeten worden genomen om als systeem te kunnen bestaan. Waarden als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, doelmatigheid en coherentie zijn daarvoor van groot belang. Worden die niet in de afweging betrokken, dan ontstaat willekeur en meewaaien met de wind van de publieke opinie. Alleen door recht op te vatten als een eenheid die zijn betekenis ontleent aan onderlig-

---

21 Struiksmā 2014-1, p. 487.

22 Carel Smith, ‘Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel’, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009 (38) 3, p. 212-216.

gende beginselen en doeleinden, wordt het een te begrijpen orde, vatbaar voor evaluatie en kritiek. Het doorgronden van de samenhang van deze orde is de wezenlijke taak van de rechtsgeleerdheid. Beslissingen van rechters en wettelijke regels zijn alleen recht als zij het resultaat zijn van een afweging van belangen.<sup>23</sup>

Juist de debatten tussen juristen laten volgens Smith zien dat tussen hen grote overeenstemming bestaat over uitgangspunten van het recht en methoden van onderzoek: zij vooronderstellen een gemeenschappelijk kader van aannames, uitgangspunten en argumentatie. Een regel van een rechtssysteem of een beslissing van een rechter kan alleen gelden als 'recht' als deze het resultaat is van een juiste hantering van een complex aan regels, beginselen en standaarden. Het is de overeenstemming over genoemd gemeenschappelijk kader waarop overeenstemming in '*clear cases*' en het debat over '*hard cases*' berust.<sup>24</sup>

Uitspraken over recht zijn claims over wat te gelden heeft als recht. Theorieën over geldend recht kunnen meer of minder rechtvaardig zijn en meer of minder botsen met rechtszekerheid, zonder dat zij hierdoor zijn weerlegd of gefalsificeerd. Wetenschappelijkheid van rechtswetenschap manifesteert zich niet in geslaagde voorspellingen over wat geldend recht is, maar in een precies en zinvol debat naar aanleiding van uitspraken over wat geldend recht is, dus met gebruikmaking van een verfijnd begrippenapparaat en gedeelde standaarden voor het produceren en evalueren van argumenten, aldus Smith.<sup>25</sup>

### 3.2 Smits 2009 - Omstreden rechtswetenschap

Smits onderscheidt vier typen rechtswetenschap, die samenhangen met de verschillende soorten vragen die men over het recht kan stellen. In de eerste plaats noemt hij de *beschrijvende* (of dogmatische, doctrinaire of systematiserende) rechtswetenschap, die correspondeert met de vraag: *hoe luidt het recht?* Doorgaans wordt hiermee beoogd het recht op een bepaald terrein (contractenrecht, bestuursrecht et cetera) op een zo neutraal mogelijke wijze uiteen te zetten, opdat men weet hoe het luidt.<sup>26</sup> Volgens Smits is het een misvatting te denken dat de beschrijvende rechtswetenschap niet normatief zou zijn: de beoefening ervan vereist het maken van vele keuzes, zowel ten aanzien van de te gebruiken bronnen - die vrijwel altijd tegenstrijdig zijn - als ten aanzien van de interpretatie en presentatie daarvan. Voorts stelt Smits dat deze wijze van onderzoek daarnaast normatieve gevolgen heeft: omdat een programmatische wens bestaat te blijven systematiseren volgens de bestaande dogmatiek, wordt bij de inpassing van nieuwe regels en gevallen vrijwel altijd aangehaakt bij het al bestaande systeem. Juridische systematisering *beïnvloedt* daarmee de praktijk van de rechtstoepassing: omdat een wetenschapper werkt aan een systeem dat ook in de rechtspraktijk wordt gebruikt, kunnen aan zijn systema-

---

23 Smith 2009, p. 216-218.

24 Smith 2009, p. 218-222.

25 Smith 2009, p. 224-225. Zie over het normatieve karakter van de (dogmatische) rechtswetenschap eerder onder meer D.H.M. Meuwissen, *Recht en vrijheid, Inleiding in de rechtsfilosofie*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1982, p. 118.

26 Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap, Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 33.



tiserende arbeid normatieve consequenties zitten.<sup>27</sup> Naast de beschrijvende rechtswetenschap noemt Smits nog de *empirische* variant (die is gericht op de toepassing en gevolgen van het recht) en de *metajuridische* variant (waarbij wordt onderzocht wat het recht is en waarom en wanneer het geldt). Ten slotte stelt Smits dat de kern van de juridische discipline is gelegen in de vierde variant van rechtswetenschappelijk onderzoek, waarbij wordt getracht de vraag te beantwoorden hoe het recht *zou moeten* luiden. Op deze variant - die hij de *empirisch-normatieve* wijze van rechtswetenschappelijk onderzoek noemt - gaat hij dieper in.

Smits stelt vast dat op de vraag 'wat in rechte behoort' geen eenduidig antwoord kan worden gegeven. Dat lukt niet als de doctrinaire benadering wordt gevolgd of als fundamentele rechten als ankerpunt worden genomen - want aan de hand daarvan kan nooit één bepaalde uitkomst in een concreet geschil worden bepleit - en evenmin bij toepassing van een rechtseconomische of empirische benadering - hoewel van deze twee laatste benaderingen wel wordt beweerd dat zij méér zekerheid bieden.<sup>28</sup> Volgens Smits is dat echter ten onrechte. Hij stelt onder meer dat het criterium dat door rechtseconomen wordt gehanteerd ('rechtsregels die het meeste sociale welzijn genereren, moeten worden aanvaard') óók een normatieve keuze vereist: over de vraag welk bedrag toe te kennen aan welke waarde, kan immers worden getwist.<sup>29</sup> Ook de empirische benadering kan volgens Smits om verschillende redenen niet allesbepalend zijn. Niet alle recht is instrumenteel, empirisch onderzoek is zelden eenduidig en ook de empirische methode kan het normatieve niet ontwijken: zowel de vraag 'wat is het probleem?' als de vraag 'wat is de beste oplossing?' vergen een normatieve waardering.<sup>30</sup>

Smits stelt dat dit alles niet met zich brengt dat de juridische discipline niet wetenschappelijk is. De taak van de rechtswetenschap is namelijk niet om 'rechtszekere' regels of uitkomsten te vinden, maar om *relevante argumenten* voor of tegen deze regels of uitkomsten te vinden.<sup>31</sup> Dat betekent dat het niet alleen *onvermijdelijk* is dat over de juiste uitkomst wordt getwist, maar ook *gewenst*. De rechtswetenschap is derhalve bij uitstek argumentatief: conflicterende argumenten moeten voor het voetlicht worden gebracht en de consequenties van de keuze van het ene argument boven het andere dienen te worden besproken. Door vergelijking van argumenten die in een bepaald rechtstelsel voor of tegen een keuze pleiten, kunnen inzichten toegankelijk worden gemaakt voor de eigen jurisdictie en kan worden gezien hoe bepaalde argumenten in het (eigen) rechtstelsel passen. Daarom dient bij uitstek gebruik te worden gemaakt van materiaal

27 Smits 2009, p. 39.

28 Zie over 'hulpwetenschappen' in het recht onder meer H.S. Taekema & B.M.J. van Klink, 'Dwarsverbanden: interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', NJB 2009, p. 2559-2567.

29 Smits 2009, p. 100. Vóór een economische benadering van het recht pleit bijvoorbeeld G.G.A. de Geest, in het al eerder aangehaalde 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', NJB 2004, p. 58-66. Zie hierover ook E.M. Meijers, *Dogmatische wetenschap*, Den Haag: Zuid-Hollandsche Boek- en Handelsdrukkerij 1903, p. 85-87. Meijers stelt dat iedere 'staatsbemoeiing' als einddoel het bevorderen van het algemeen welzijn zou moeten hebben. Dat dit algemeen welzijn niet eenvoudig te bepalen is, erkent Meijers, maar ziet hij niet als onoverkomelijk probleem: afweging van behoeften kan plaatsvinden aan de hand van appreciatie en doordat steeds uiteenlopende behoeften tegen elkaar moeten worden afgewogen, leert de ervaring steeds juist te appreciëren.

30 Smits 2009, p. 106.

31 Smits 2009, p. 94.



uit verschillende jurisdicties. Smits stelt dat een '*tertium comparationis*' - een bepaalde objectieve maatstaf - niet nodig is. Als die maatstaf daarbij wordt gezocht in een aan het recht extern criterium (zoals nut of efficiëntie) wordt alsnog een normatief criterium gebruikt om het 'betere' stelsel te bepalen. Door analogieën te zoeken kunnen echter ook alternatieven worden vergeleken zonder terug te vallen op een neutraal begrip.<sup>32</sup>

## 4 Normatieve uitspraken in de dogmatische rechtswetenschap: niet zomaar meningen

We hebben Jans opvattingen over de aard van de rechtswetenschap en in het bijzonder het al dan niet normatieve karakter ervan in het voorgaande geplaatst naast die van twee auteurs die hierover anders denken. Dat roept de vraag op welke van de opvattingen het meest overtuigt. Moet de dogmatische rechtswetenschap die gericht is op theorievorming worden gezien als de vorm van rechtswetenschap bij uitstek? En spelen rechtvaardigheidsoordelen daarin dan een rol of juist niet? Wij nemen hieronder positie in.

### 4.1 Dogmatische of empirisch-normatieve rechtswetenschap?

Rechtsdogmatiek is wat ons betreft inderdaad rechtswetenschap bij uitstek. Wij gaan er daarbij vanuit dat die rechtsdogmatiek niet vooral beschrijvend is (zoals Smits betoogt; zie paragraaf 3.2), maar een normatief karakter heeft (zoals Smith betoogt; zie paragraaf 3.1). Rechtswetenschappers hoeven niet noodzakelijkerwijs hun toevlucht te nemen tot de door Smits met veel verve bepleite empirisch-normatieve methode om wetenschappelijk verantwoord onderzoek te kunnen doen. Smits geeft zich met zijn pleidooi voor deze methode rekenschap van het normatieve karakter van de rechtswetenschap en hoe zij tot wetenschappelijk verantwoorde uitspraken kan komen over hoe het recht zou moeten luiden. Het is echter zeer de vraag of zijn methode bruikbaar is voor toepassing in alle deelgebieden van het recht.

Wij menen dat de empirisch-normatieve methode van Smits voor het algemeen en Europees bestuursrecht zeer geschikt kan zijn. Daarin worden door de wetgever en de rechter normatieve keuzes gemaakt op basis van een weging van argumenten. De te maken keuzes en te wegen argumenten doen zich niet slechts voor in één nationaal rechtssysteem, maar in meerdere nationale rechtssystemen en in het Unierecht. Zoals bijvoorbeeld bij de vraag onder welke omstandigheden een bestuursorgaan bij een burger gewekt vertrouwen omtrent de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid moet honoreren.<sup>33</sup>

De geschiktheid van de empirisch-normatieve methode op het gebied van het Europees bestuursrecht blijkt uit voorstellen die het *Research Network on EU Administrative Law* (ReNEUAL), een netwerk van bestuursrechtwetenschappers, in 2014 heeft gepubliceerd voor algemene regels van bestuursrecht voor handelingen van instellingen, organen, instanties, bureaus en agentschappen van de Europese Unie. De voorstellen werden gedaan in de vorm van '*Model Rules on EU Administrative procedure*'. De regels

---

32 Smits 2009, p. 137.

33 Zie: N. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel* (diss. Utrecht), Den Haag Boom Juridische uitgevers 2011.

werden vastgesteld op basis van regels, praktijk en jurisprudentie op EU-niveau en op bestuursrechtelijke tradities in de lidstaten.<sup>34</sup> In een Europees rechtswetenschappelijk forum is het mogelijk gebleken argumenten uit te wisselen voor of tegen een bepaalde algemene bestuursrechtelijke regel die zou moeten gelden voor een instelling of orgaan van de EU. Of deze discursieve manier van onderzoek echter zonder meer geschikt is voor wetenschappelijk onderzoek ten behoeve van wetgeving op bijzondere deelgebieden van het nationale bestuursrecht - zoals het omgevingsrecht of het socialezekerheidsrecht - is wat ons betreft de vraag. Wetgeving op die terreinen is vooral instrumenteel en deels vluchtig. Op die terreinen gaat het onderzoek, om met Jan te spreken, vooral over vragen van houdbaarheid, consistentie en doeltreffendheid van de regelgeving. Voor delen van het algemeen bestuursrecht waarop de nationale wetgever uitgesproken eigen keuzes heeft gemaakt en normatieve keuzes en argumenten uit andere rechtssystemen voor de rechtspraak niet direct relevant zijn, lijkt de empirisch-normatieve methode evenmin bij uitstek geschikt. Op die gebieden zal er vooral behoefte blijven aan klassiek rechtsdogmatisch en toegepast rechtswetenschappelijk onderzoek (zoals hierboven in paragraaf 2 beschreven). Als dé methode valt de empirisch-normatieve methode voor het bestuursrecht wat ons betreft dus af. Het risico van een te grote afstand tot de rechtspraak is te groot.<sup>35</sup>

## **4.2 Ook dogmatische wetenschap is normatief**

De dogmatische rechtswetenschap lijkt als dé methode van rechtswetenschap daartegen de beste papieren te hebben. Rechtsdogmatisch onderzoek is erop gericht om theorie te vormen. De inzichten die daardoor ontstaan, kunnen leiden tot wijziging van jurisprudentie en wetgeving, maar dat is aan de rechter of de wetgever. Het is, anders dan Jan meent, echter een bij uitstek normatieve activiteit. Dat dit zo is, willen wij illustreren met een voorbeeld, ontleend aan het werk van Jan. Jan noemt als voorbeeld van niet-normatieve activiteit in de dogmatische rechtswetenschap de introductie van het relativiteitsvereiste in het leerstuk van de onrechtmatige daad door de rechtsgeleerde Van Geleijn Vitringa. Met rechtvaardigheid had de introductie van relativiteit volgens hem niets te maken, maar alles met logica.<sup>36</sup> Wij menen echter dat dit voorbeeld juist het normatieve karakter van de rechtswetenschap laat zien.

Het relativiteitsvereiste is een criterium dat wordt gehanteerd voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het is door de Hoge Raad in 1928 aanvaard.<sup>37</sup> Thans is het

---

34 <http://www.reneual.eu>. Zie hierover: F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', NTB 2014/7, p. 189-196.

35 Daarmee is niet gezegd dat de empirisch-normatieve methode niet zeer geschikt kan zijn voor onderzoek naar de vraag of de keuzes die de Awb-wetgever heeft gemaakt met betrekking tot bijvoorbeeld de toegang tot de bestuursrechter aan herziening toe zijn. Vgl. bijvoorbeeld K.J. de Graaf, 'Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief', in: Het besluit voorbij (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 217-305.

36 Struiksma 2012, p. 45, noot 70; Struiksma 2014-1, p.488. Het artikel waar het om gaat is: J. van Geleijn Vitringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', Rechtsgeleerd Magazijn 1919, p. 28 e.v.

37 In het klassieke arrest over de onteigende graaf Oscar De Marchant et d'Ansembourg (HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688) ging de Hoge Raad om. De Staat was van plan een aantal percelen, toebehorende aan Oscar, te onteigenen ten behoeve van de uitbreiding van enkele staatsmijnen te Heerlen en Hoensbroek. Er werd een KB uitgevaardigd, maar de Staat verzuimde de plannen waarvoor werd

neergelegd in artikel 6:163 BW. In het Oud Burgerlijk Wetboek kwam het niet voor. Het artikel is een codificatie van de rechtspraak vanaf 1928. Artikel 6:163 BW bepaalt dat er geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Alleen degene *jegens wie* door een onbetamelijke gedraging een onrechtmatige daad wordt gepleegd, kan een vordering tot schadevergoeding aan artikel 6:162 BW ontlelen. Als iemand in strijd handelt met een op hem of haar anders dan uit overeenkomst rustende verplichting en een ander lijdt door die handeling schade, zou het - zoals Jan ook stelt - inderdaad niet logisch zijn om die ander een aanspraak op schadevergoeding te verlenen als zijn belang niet onder het beschermingsbereik van de verplichting valt.<sup>38</sup>

De introductie van het relativiteitsvereiste en het pleidooi daarvoor in de rechtswetenschappelijke literatuur zijn echter geen waardevrije, louter door logica ingegeven activiteiten geweest. Het relativiteitsvereiste is dan ook niet onomstreden: soms wordt een wettelijke norm door iemand geschonden die niet strekt tot bescherming van een daardoor benadeelde, maar verzet het rechtvaardigheidsgevoel zich er tegen dat geen aansprakelijkheid jegens die benadeelde zou moeten worden aangenomen. Het eerste Tandartsen-arrest (1958) gaf blijk van dit problematische aspect van het relativiteitsvereiste. Een tandprotheticus oefende het beroep van tandarts onbevoegd uit. Enkele tandartsen in de gemeente waar hij gevestigd was, stelden hem aansprakelijk wegens onrechtmatige daad: hij had het verbod overtreden buiten noodzaak een beroep uit te oefenen waartoe de wet een toelating eiste, terwijl hij niet was toegelaten tot dit beroep.<sup>39</sup> Was de zaak kansrijk? De overtreden wettelijke norm strekte niet tot bescherming van het geschonden belang van de tandartsen, die minder patiënten hadden. Noch uit de considerans, noch uit de inhoud van de wet, noch uit de wetgeschiedenis bleek volgens de Hoge Raad van een verdere bedoeling van de wetgever dan om in het belang van de volksgezondheid en ter bescherming van het publiek tegen ondeskundige beroepsuitoefening de bevoegdheid de tandheelkunst uit te oefenen uitsluitend te verlenen aan hen, die aan de in de wet gestelde eisen voldoen. Daarmee was het volgens de Hoge Raad echter nog geen 'einde oefening'. Dat met een gedraging een wettelijke norm was overtreden die niet beoogde om de benadeelden te beschermen, sloot volgens de Hoge Raad niet uit dat het feit van de overtreding moest meewegen in het oordeel dat jegens benadeelden maatschappelijk onzorgvuldig - dus onrechtmatig - was gehandeld.<sup>40</sup> De onbevoegde tandarts kon dus

---

onteigenend en de bijbehorende kaarten - zoals vereist - ter inzage te leggen. Na jaren touwtrekken werd uiteindelijk de hele operatie afgeblazen omdat de Zuid-Limburgse mijnbouw geen economisch perspectief meer bood. Intussen was door de plannen een zeer forse en blijvende waardedaling ontstaan van de aangewezen percelen. De graaf diende een vordering uit onrechtmatige daad in en baseerde deze op artikel 12 Onteigeningswet, dat de terinzagelegging van een onteigeningsbesluit vereist. Hof en Hoge Raad stuurden de graaf met lege handen naar huis. Geoordeeld werd dat de strekking van artikel 12 Onteigeningswet niet is om de eigenaar te beschermen tegen nadelen voortvloeiende uit de aanwijzing ter onteigening, maar de eigenaar beschermt tegen ongerechtvaardigde uitzetting van zijn eigendom. Een van de raadsheren die zitting had toen de Hoge Raad het arrest wees, was Van Geleijn Vitringa. Zeer kritisch: J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht*. Deel 2, Deventer: Kluwer 1993, p. 361, 364.

38 Struiksma 2014-1, p. 488.

39 De Wet van 24 juni 1976 (Stb. 117) tot uitoefening der Tandheelkunst verbood handelingen als die van een tandprotheticus. Zie (thans) artikel 436 WvSr.

40 G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer 1992, p. 29.

onzorgvuldig gehandeld hebben jegens de andere tandartsen in de gemeente vanwege oneerlijke concurrentie.<sup>41</sup>

Hiermee werd een correctie op het relativiteitsvereiste aangebracht. De Advocaat-Generaal die in deze zaak had geconcludeerd en een correctie op het relativiteitsvereiste bepleitte, was Langemeijer. De correctie die door de Hoge Raad op het vereiste werd aangebracht is - zoals bij velen bekend - naar hem vernoemd. In de bijdrage van Langemeijer aan de rechtswetenschappelijke discussie over de reikwijdte van het relativiteitsvereiste speelden rechtvaardigheidsoverwegingen een grote rol. Hij betoogde: 'Ik meen, dat, wanneer de wet voor de bevoegdheid om de tandheelkunst uit te oefenen een zo moeilijke, langdurige en kostbare opleiding eist als die van tandarts thans is en wanneer de ondervinding leert — hetgeen trouwens niet al te verwonderlijk is — dat de toepassing van de strafwet geen tegenmotief van voldoende kracht tegen onbevoegde uitoefening is, de rechtsorde bij juiste waardering van belangen haar civiele bescherming aan de bevoegden behoort te verlenen.'<sup>42</sup>

Dat een rechtswetenschappelijke discussie over 'voors' en 'tegens' van het relativiteitsvereiste niet een uitwisseling is van enkel logische argumenten, laat ook literatuur over dit vereiste in het overheidsaansprakelijkheidsrecht zien. De opvattingen over de vraag of het relativiteitsvereiste een passend criterium in het overheidsaansprakelijkheidsrecht is, blijkt onlosmakelijk samen te hangen met die over grondslagen van overheidsaansprakelijkheid. Daarover bestaan in de bestuursrechtswetenschap verschillende opvattingen. Zeer uitgesproken is Tak, die het relativiteitsvereiste voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht verwerpt. De reden is kort gezegd dat een bestuursorgaan steeds - dus ook bij meer gebonden bevoegdheden - met *alle* bij een besluit betrokken belangen rekening dient te houden en niet alleen met de specifieke publiekrechtelijke belangen die de toegepaste wetgeving beoogt te beschermen. Het relativiteitsvereiste zou een vreemd criterium zijn om aansprakelijkheid van overheden wegens handelen in strijd met geschreven of ongeschreven publiekrecht af te grenzen, nu slechts de specifieke, door de wetgever beoogde, algemene belangen met een besluit mogen worden behartigd (specialiteitsbeginsel). Onder het beschermingsbereik van een wettelijke regeling kunnen dus nimmer individuele vermogensbelangen van burgers vallen. Maar zij komen wel voor bescherming in aanmerking. Bij ongeoorloofde inbreuken op de autonomie van een burger door overheidshandelen, zou de benadeelde recht hebben op schadevergoeding.<sup>43</sup> In de benadering van Tak spelen rechtvaardigheidsoverwegingen een grote rol.

41 HR 17 januari 1958, NJ 1961/568. (Tandartsen I).

42 Conclusie A-G Langemeijer, NJ 1961/568.

43 Wij kunnen dit binnen het bestek van deze bijdrage niet verder uitwerken. Zie onder meer: A.Q.C. Tak, 'Toch maar de Hoge Raad volgen?', RM Themis 2004, p. 3-13; A.Q.C. Tak, Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1135-1136, 1140, 1250-1251; A.Q.C. Tak, 'Dimensies van overheidshandelen. In het bijzonder betrokken op de rechtsbescherming', in: E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 1-28; Twan Tak, 'Reactie op de referenten', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?, Alphen aan den Rijn: 2006, p. 123-124. Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Een wonderse wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?', in: C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge & L. Timmerman (Eds.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt (Serie Onderneming en Recht nr. 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 515-545, i.h.b. p. 530-531. Zie

De argumenten tegen het relativiteitsvereiste zijn echter geen individuele expressies van rechtvaardigheidsgevoelens. Zij zijn ontleend aan beginselen van het bestuursrecht, zoals het specialiteitsbeginsel en de gelijkheid voor de publieke lasten.<sup>44</sup>

Het dogmatisch-rechtswetenschappelijk debat zou verarmd worden als daarin alleen bijdragen meetellen die gaan over inpasbaarheid van keuzes van wetgever of rechter in het geldende recht (in termen van coherentie, houdbaarheid en consistentie) of over effectiviteit van wetgeving. Bijdragen zoals die van Tak zouden dan buiten de orde zijn, terwijl zij gaan over de grondslagen van het rechtstelsel en keuzes die daaruit voortvloeien. Verhandelingen waarin op basis van expliciet gemaakte uitgangspunten (die ontleend zijn aan het rechtstelsel) keuzes van wetgever of rechter worden bepleit die afwijken van het geldende recht, zijn prikkelend voor theorievorming in de rechtswetenschap. Als dat het er niet bij hoort, wordt de rechtswetenschap een nogal klinische aangelegenheid. Waarom zouden wij dat moeten willen?

### **4.3 En vindt Jan dat eigenlijk niet óók?**

Rechtswetenschap is normatief. Dat laat de praktijk van de rechtswetenschap goed zien. En ook Jans eigen werk. Gelukkig maar. Het zou immers zonde zijn als hij - met al zijn kennis en ervaring - achterwege zou hebben gelaten om zo nu en dan wat richting te geven. Zo was Jan bijvoorbeeld in een bijdrage in het Tijdschrift voor Bouwrecht uit 2010 zeer kritisch over een belangrijk wetgevingsproject dat is gestart in het vorige decennium: de Crisis- en herstelwet (in werking getreden op 31 maart 2010). Hij verwachtte problemen omdat de wetgevingsinitiatieven (met steeds weer nieuwe sturingsinstrumenten) in het omgevingsrecht voor alle betrokkenen niet meer bij te houden zijn. Jan bepleitte dat er slechts één plan zou moeten zijn waarmee de overheid de burger en zichzelf bindt wat betreft de ruimtelijke inrichting, dat dat plan voor verschillende functies en in verschillende omstandigheden bruikbaar zou moeten zijn, dat de voorbereidings-, rechtsbeschermings- en uitvoeringsprocedure zo simpel mogelijk zouden moeten zijn en dat het overzichtelijker is om gewoon normen te stellen zonder allerlei uitzonderingen en afwijkingen mogelijk te maken. Wij kunnen die uitspraken natuurlijk zien als toetsbare uitspraken over te verwachten gevolgen van wetgeving voor de uitvoeringspraktijk en voor de burger, in relatie met de doeltreffendheid ervan. Maar zij hebben toch ook normatieve implicaties. Jan slaakt in de bijdrage hartenkreten als: 'Een fundamentele herbezinning op de complexiteit van het omgevingsrecht is [...] op zijn plaats, maar niet nu meteen. Laat eerst alle stof van de wetgevingssunami van de laatste jaren maar eens neerdalen.' Dit zijn geen uitspraken van iemand die louter vanuit een extern perspectief, met alleen het gereedschap van de logica en van het empirisch onderzoek, naar omgevingswetgeving kijkt. Er spreekt zorg uit: het gaat met die wetgeving de verkeerde

---

over de belangen die een publiekrechtelijke regeling beoogt te beschermen: R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998.

44 Tak zou overigens zelf zeggen dat zijn opvattingen zijn ingegeven door het belang van 'dogmatische zuiverheid'. Zie voor een bespreking van Taks opvattingen over relativiteit in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: N. Heilhof & A.R. Neerhof, 'Relativiteitsvereiste: exit?', in: M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen & J.H.M.F. Teunissen (red.), *Publiekrecht in de Leer (Takbundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 39-61. Het hier besprokene over de opvatting van Tak is aan deze bijdrage ontleend.

kant op. Achterliggende waarden zijn rechtszekerheid voor de burger en doeltreffendheid van wetgeving in het omgevingsrecht.<sup>45</sup> De keuze daarvoor is geen willekeurige.

Dat rechtswetenschap normatief is, onderkent Jan in zijn beschrijving van wat dogmatische rechtswetenschap is. Een rechtswetenschapper registreert volgens Jan niet alleen, maar modelleert ook en wel op basis van zijn rechtvaardigheidsgevoel (zie paragraaf 2).<sup>46</sup> Hiermee lijkt hij normatieve implicaties van rechtswetenschappelijk onderzoek te erkennen. Of begrijpen wij Jan verkeerd en bedoelt hij met het rechtvaardigheidsgevoel dat de rechtswetenschapper gebruikt slechts een gevoel dat kan helpen zó te modelleren, dat goed kan worden voorspeld wat een rechter gaat beslissen? Maar dan nog. Wie modelleert op basis van rechtvaardigheidsgevoel, verplaatst zich in het standpunt van een deelnemer aan het rechtssysteem: de rechter, de wetgever, de advocaat of de adviseur die een beslissing neemt of oordeel geeft. Beoefening van rechtswetenschap heeft hoe dan ook normatieve implicaties.

## **5 Afsluiting**

Beschrijvende dogmatische rechtswetenschap heeft normatieve implicaties. Dat onderkent Jan en hij verkeert daarbij in het goede gezelschap van onder meer Smits. Wij gaan echter een stap verder dan Jan. Dogmatische rechtswetenschap is niet slechts beschrijvend, maar is ook uitgesproken normatief. Niet uitsluitend uitspraken die resultaat zijn van - wat Jan noemt - 'systematische bewerking en veralgemenisering van in geschilbeslechting ontstane begrippen' en van onderzoek naar houdbaarheid en consistentie van wetgeving tegen de achtergrond van doelen die de wetgever zich heeft gesteld, tellen mee in de rechtswetenschap. Ook uitspraken over het *ius constituendum* (hoe het recht zou moeten luiden) tellen daarin mee, mits zij gedaan worden op basis van argumenten die ontleend zijn aan uitgangspunten die ten grondslag liggen aan ons rechtssysteem, zoals rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, coherentie, publieke verantwoording, democratie en doelmatigheid.<sup>47</sup>

Een brug te ver, althans voor het Nederlands bestuursrecht, lijkt ons het loslaten van rechtsdogmatiek - zoals door ons hierboven aangeduid (dus als normatieve wetenschap) - als dé rechtswetenschappelijke methode. Volledig overschakelen naar een methode waarin wetgeving, rechtspraak en doctrine uit geheel verschillende rechtssystemen als empirisch materiaal functioneren waaraan conflicterende argumenten voor of tegen normatieve keuzes in het eigen rechtssysteem kunnen worden ontleend, lijkt voor de bestuursrechtwetenschap niet aantrekkelijk. De afstand tot het geldende recht zou dan, in ieder geval voor wat betreft belangrijke onderdelen van het bestuursrecht, wel eens te groot kunnen zijn.<sup>48</sup>

---

45 J. Struiksma, 'Moratorium op omgevingswetgeving dringend gewenst', TBR 2010/1.

46 Struiksma 2012, p. 7.

47 Wij sluiten op dit punt dus graag aan bij het betoog van Smith (paragraaf 3.1).

48 Voor het bestuursrecht voor EU-instellingen zal dit anders liggen. Dat kan ook gelden voor het deel van het Europees bestuursrecht dat zich bezighoudt met de raakvlakken van Europees en nationaal bestuursrecht ofwel het recht inzake de gevolgen van het Unierecht voor het nationale bestuursrecht.

Wij kennen Jan als een scherpe denker, die het debat niet schuwte. Zwakke schakels in een redenering weet hij doeltreffend te ontmaskeren. Vage redeneringen en al te wollig taalgebruik komen bij hem dodelijk ten val. In deze bijdrage zoeken wij het debat over de aard van de rechtswetenschap met hem op. Dat deden wij eerder in sectieverband en tijdens proefschriftbesprekingen, maar ook tijdens lunches, borrels en andere gezellige bijeenkomsten. Stand van zaken in ons debat met Jan over de aard van de rechtswetenschap is een impliciet gebleven *'agreement to disagree'*. Daar moest maar eens verandering in komen. Want Jan neemt weliswaar afscheid als hoogleraar Bestuursrecht en gaat met emeritaat, maar hij is nog niet van ons af. Wij blijven heel graag met hem in gesprek, ook over de aard van rechtswetenschap. Gelukkig is het overigens zeer waarschijnlijk dat een gesprek met hem hierover onverwachte wendingen krijgt naar hele andere, minstens zo interessante, zo niet interessantere, onderwerpen.<sup>49</sup>

Wij kennen Jan als iemand die altijd meedenkt, stimuleert en inspireert. Maar vooral als een warme man en als iemand met een bijzonder gevoel voor relativering. Onovertroffen is zijn talent om ons met een aanstekelijke lach het hilarische van een situatie of voorval te doen inzien.

---

<sup>49</sup> Wij noemen ter illustratie zeemist, teckels, de zangbundel Joh. de Heer (lied 256) en Neutraal Moresnet.

# Enkele methodologische aspecten van internationaal vergelijkend omgevingsrechtelijk onderzoek

Mr. dr. F.A.M. (Fred) Hobma

## 1 Inleiding

Jan Struiksma heeft altijd bijzondere belangstelling gehad voor de methodologische kanten van het bestuursrecht. Dat blijkt uit een aantal tijdschriftartikelen en boeken. Niet voor niets heette zijn studieboek *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht*.<sup>1</sup> In zijn monografie *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap* past hij de empirische cyclus van De Groot <sup>2</sup> toe op rechtswetenschappelijk onderzoek.<sup>3</sup> Een wellicht minder bekende activiteit van Jan Struiksma is zijn deelname aan een aantal bijeenkomsten van het *Platform of Experts in Planning Law*.<sup>4</sup> Ook hier spelen methodologische vraagstukken, maar dan internationaal vergelijkend. Deze bijdrage bespreekt daarom enkele methodologische aspecten van internationaal vergelijkend (omgevingsrechtelijk) onderzoek.<sup>5</sup> Het genoemde Platform wordt daarin betrokken. Regelmatig zal worden gerefereerd naar een recent verschenen inleidend boek over rechtsvergelijking van de Belgische ‘comparisten’ Danny Pieters en Bert Demarsin getiteld *Rechtsvergelijking*.<sup>6</sup> Tevens wordt verwezen naar enkele voorbeelden van internationaal vergelijkend omgevingsrechtelijk onderzoek.

## 2 De opzet van conferences van het Platform

Het Platform of Experts in Planning Law bestaat uit onderzoekers in het Omgevingsrecht uit verschillende landen. Sommigen zijn geen voltijdsonderzoeker maar hebben hun hoofdtak elders, zoals in de advocatuur. De meeste deelnemers zijn afkomstig uit

---

1 J. Struiksma, *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht*, Amsterdam: 2008 (laatste druk).

2 A.D de Groot, *Methodologie*, Assen: Van Gorcum 1994.

3 Jan Struiksma, *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap*, Zaandam: 2012.

4 [www.internationalplanninglaw.net.technion.ac.il](http://www.internationalplanninglaw.net.technion.ac.il).

5 Deze bijdrage bespreekt slechts enkele aspecten van rechtsvergelijkend onderzoek en doet geenszins recht aan de grote hoeveelheid (internationale) literatuur over dit onderwerp. Elk van de in deze bijdrage besproken onderwerpen wordt bijvoorbeeld uitgebreid behandeld in M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

6 D. Pieters en B. Demarsin, *Rechtsvergelijking. De uitdagende wereld van het recht*, Leuven/Den Haag: Acco 2018.



Europese landen. Voorzitter is prof.dr. Rachelle Alterman, hoogleraar Urban planning and Law, Technion Universiteit, Israël. Zij omschreef de bestaansreden voor het platform als volgt:

‘Unfortunately, experts in planning law in each country know very little about the planning law and regulations of other countries, even those next door to ours. From the outside, planning laws seem similar to each other. But in fact, there are many differences in detail between countries; and where planning laws and regulations are concerned, ‘the devil is in the detail’ and differences do matter. One would have expected that planning lawyers from many countries would routinely seek to exchange knowledge about alternatives for specific laws in other countries and about their degrees of perceived success. Strangely, this is not the case.’<sup>7</sup>

De opzet van de jaarlijkse conferences is als volgt. Alle deelnemers krijgen van tevoren dezelfde casus met vragen opgestuurd. De casus en vragen worden gemaakt door de onderzoeker(s) van het land dat gastheer is. De casus betreft bijvoorbeeld onteigening voor een school. De bijbehorende vragen zijn bijvoorbeeld:

- Hoe vaak komt dit verschijnsel ongeveer voor in de praktijk?
- Wat is de belangrijkste wetgeving?
- Zijn er grondwettelijke bepalingen?
- Maakt het uit of het een publieke of private school is?
- Hoe luidt de onteigeningsprocedure?
- Hoe wordt compensatie berekend? Wordt een deel niet vergoed als ‘maatschappelijke verplichting’ van de eigenaar?
- Wat is rechte als na onteigening, maar voor de bouw, blijkt dat er toch geen behoefte is aan een school en de gemeente de bestemming wijzigt naar winkels? Kan de eigenaar dan zijn land terugkrijgen?
- Loont het (financieel) voor eigenaren om een rechtszaak te starten? Is schadeloosstelling door de rechter hoger dan bij overeenkomst?
- In geval van een dreigende onteigening, heeft de eigenaar dan het recht om de onteigeningsprocedure te initiëren en de overheid te dwingen te onteigenen?

De deelnemers aan de conference bereiden van tevoren een paper voor waarin ze de vragen beantwoorden naar hun nationale rechtssysteem. Meestal werken onderzoekers van een bepaald land met elkaar samen zodat er per land één paper verschijnt. De papers worden van tevoren verspreid onder de deelnemers zodat men van elkaars antwoorden kennis kan nemen. De conference duurt twee dagen. Tijdens de conference wordt de case door het land dat gastheer is gepresenteerd, met de antwoorden op de vragen van dat land. Vervolgens komen (sommige of alle) andere landen aan bod. Na afloop van de conference worden de papers gepubliceerd op de website. Een enkele keer verschijnt

---

<sup>7</sup> Rachelle Alterman, Why there is need for the new platform of experts in planning law, January 2008, <https://internationalplanninglaw.net.technion.ac.il/2008/02/07/why-is-there-need-for-the-new-platform-of-experts-in-planning-law-by-rachelle-alterman>. Alterman is mede-oprichter van het Platform.

er een bundeling van papers als boek.<sup>8</sup> Soms wordt in thuisland van onderzoekers een paper (digitaal) gepubliceerd.<sup>9</sup>

### 3 Doelen van rechtsvergelijking

De opzet van de conferences van het Platform of Experts in Planning Law maakt het mogelijk om gestructureerd omgevingsrechtelijke rechtsvergelijking te beoefenen. Immers, de case en de bijbehorende vragen maken een vergelijking tussen landen op specifieke aspecten mogelijk. De opzet maakt het eenvoudig om overeenkomsten en verschillen tussen landen te scherp te krijgen. Dat is het wezenlijke van rechtsvergelijking. Pieters en Demarsin definiëren rechtsvergelijking als ‘het onderzoeken van de verschillen en gelijkenissen tussen twee of meer rechtssystemen of welbepaalde onderdelen daarvan’.<sup>10</sup>

Rechtsvergelijking zal met een bepaald doel worden verricht.<sup>11</sup> Een eerste mogelijk doel is dat internationaal vergelijkend onderzoek het ‘zelfbeeld’ (van het land dat het onderzoek verricht) kan verbeteren. Onderzoek kan duidelijk maken waar het land ‘staat’ (wat betreft het onderwerp van onderzoek) in vergelijking tot andere landen. Het in kaart brengen van overeenkomsten en verschillen maakt dat mogelijk.

Een tweede mogelijk doel is dat vreemd recht beter wordt gekend en begrepen. Dit is ook het doel van de bijeenkomsten van de Experts of Planning Law. In het verlengde daarvan kan het inzicht worden verkregen dat de eigen nationale juridische oplossingen niet de enige mogelijke zijn en dat buitenlandse oplossingen wellicht beter scoren op een aantal criteria.

Een voorbeeld van onderzoek met dit doel is *Takings International*.<sup>12</sup> De twee volgende citaten illustreren dat.

‘The book offers readers from various parts of the world an initial systematic cross-national vantage point from which to view the debate in their own country. Such a perspective may be able to provide a sense of scale not available when one is imbued in a single country’s laws, policies, and debates’.<sup>13</sup>

‘It is our hope that the wide variety of laws and practices identified in this team project on comparative research will enable the readers to learn from other countries’ experiences and thus to gain a new perspective on their own countries’ laws and policies’.<sup>14</sup>

8 Bijvoorbeeld: Stephan Mitschang (ed./Hrsg.), *Energy Efficiency and Renewable Energies in Town Planning Law / Energieeffizienz und Erneuerbare Energien im Städtebaurecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010.

9 Zie bijvoorbeeld Fred Hobma and Jacco Karens, ‘Expropriation of Farmland for Urban Expansion? Its legality, practice and alternative land-policy tools’, Paper to the 11th Annual Meeting of the International Platform of Experts in Planning Law, Technion - Israel Institute of Technology, Haifa, November 1 - 3, 2017, *Actualiteiten Bouwrecht* 9 november 2017.

10 Pieters en Demarsin, p. 11.

11 De hier te noemen doelen van rechtsvergelijking zijn niet limitatief.

12 R. Alterman, *Takings international. A comparative perspective on land use regulations and compensation rights*, American Bar Association: Chicago 2010.

13 Alterman, p. 9.

14 Alterman, p. 14.

Hierboven werd als centrale element van rechtsvergelijking genoemd: het onderzoeken van verschillen en gelijkenissen tussen rechtssystemen. Het in kaart brengen van overeenkomsten en verschillen is op zichzelf al interessant. Maar er is ook meer mogelijk. Pieters en Demarsin noemen als een van de andere mogelijke doelen van rechtsvergelijking: het bijstaan van de makers van nieuw recht. Dit is het derde mogelijke doel van rechtsvergelijking dat we hier onderscheiden. Rechtsvergelijking dient dan om de wetgever bij nieuwe wetgeving of wijziging van wetgeving te informeren over hoe met een bepaald probleem elders is omgesprongen. Functioneert die regeling naar tevredenheid? Zijn er daar onvoorziene en ongewenste effecten die de wetgever in eigen land ertoe zouden moeten bewegen om de buitenlandse wettelijke regeling te vermijden?<sup>15</sup> In feite gaat het hier om inspiratie die wordt opgedaan door de bestudering van buitenlandse ervaringen met een bepaalde juridische regeling. In die zin fungeert het buitenland als laboratorium voor wetgeving: zien hoe uiteenlopende juridische benaderingen van een fenomeen of probleem hun uitwerking hebben.<sup>16</sup> Internationaal rechtsvergelijkend onderzoek kan daarmee de discussie ondersteunen over mogelijke nieuwe richtingen in de vormgeving van juridische arrangementen voor een bepaald thema.

Een voorbeeld van dit type onderzoek is *Internationale vergelijking financiering en kostenverhaal bij organische gebiedsontwikkeling*.<sup>17</sup> Dit was onderzoek in het kader van de Omgevingswet en het project 'Grond, geld en gemeenten' van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De opdrachtgevers wilden in dat verband inzichten uit omringende landen: hoe vinden daar financiering en kostenverhaal van publieke voorzieningen plaats in situaties van organische gebiedsontwikkeling?

Een vierde en laatste hier te noemen mogelijk doel van rechtsvergelijking is het vinden van gemeenschappelijke basisbeginselen van recht tussen landen. Op het vlak van internationaal vergelijkend omgevingsrechtelijk onderzoek is *Expropriation Law in Europe* hiervan een voorbeeld. De redacteurs 'want to present a comprehensive overview of the (basic) rules of expropriation in a broad variety of European countries. Our main aim is to determine whether there exists some 'core' of European expropriation law'.<sup>18</sup>

## 4 Methoden van rechtsvergelijking

Na de vraag naar de doelen van rechtsvergelijking, komt de vraag naar de methoden. Sturend voor de keuze van de methode van rechtsvergelijking is, volgens Pieters en Demarsin, de functie van rechtsvergelijking ofwel het doel dat men met het rechtsvergelijken wil bereiken. Als dat bekend is, kan worden nagegaan via welke weg dat resultaat het best bereikt kan worden. Passend bij de activiteiten van het Platform of Experts in Planning Law is de 'functionele methode'. Die methode is gericht op het achterhalen van hoe diverse rechtssystemen eenzelfde probleem oplossen. 'Het uitgangspunt vormt dan

---

15 Pieters en Demarsin, p. 33.

16 Pieters en Demarsin, p. 34.

17 F. Hobma, *Internationale vergelijking financiering en kostenverhaal bij organische gebiedsontwikkeling*, Delft: Faculteit Bouwkunde 2014.

18 J.A.M.A. Sluysmans, S. Verbist en E. Waring (red.), *Expropriation law in Europe*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. v.

de realiteit; men zal onderzoeken hoe het recht in al zijn dimensies (recht in actie) in de werkelijkheid functioneert'.<sup>19</sup> Deze auteurs formuleren vervolgens een aantal fasen, die bij elke rechtsvergelijking zijn te onderscheiden.

Een bijzonder aandachtspunt is de taal. Het gegeven dat verschillende rechtstelsels verschillende talen gebruiken kan valkuilen opleveren. Een daarvan is de homoniem: een en hetzelfde woord heeft in verschillende rechtstelsels een verschillende betekenis. Een voorbeeld uit het Omgevingsrecht is het begrip 'marktwaaarde' in het kader van de schadeloosstelling bij onteigening. In de Engelstalige landen wordt daarvoor het begrip 'market value' gebruikt - een letterlijke vertaling. In Nederland wordt in beginsel - we gaan hier niet in op het eliminatiebeginsel - bij de bepaling van de marktwaaarde rekening gehouden met de bestemmingen van het bestemmingsplan waarvoor onteigend wordt. In het buitenland ligt dat veelal heel anders en wordt onder de marktwaaarde verstaan de waarde van het feitelijke gebruik van de grond. Bij bijvoorbeeld agrarische grond die is bestemd voor woondoeleinden leidt het verschil in invulling van het begrip marktwaaarde tot een groot financieel verschil.

Een ander voorbeeld is het gebruik van de term 'masterplan'. In Nederland is het masterplan een bij gebiedsontwikkeling veel gebruikte planvorm die vooraf gaat aan de vaststelling van een bestemmingsplan. Het masterplan kan door een publieke partij worden gemaakt, of een private partij, of in publiek-privaat verband. Het heeft bestuursrechtelijk geen juridisch bindende status. In sommige landen ligt dat echter anders. Daar gebruikt men het begrip masterplan voor het juridisch bindende plan en heeft het een status die vergelijkbaar is met ons bestemmingsplan.

Nog een ander voorbeeld is de 'bouwvergunning'. We kunnen er niet van uitgaan dat een 'building permit' of 'development permit' in landen die we in de vergelijking betrekken dezelfde inhoud heeft als in Nederland. In nogal wat landen, zoals Engeland, gaat een bouwvergunning alleen over de technische kant van het bouwplan. Voor de planologische kant bestaat in die landen een aparte vergunning.

Voorzichtigheid met het gebruik van begrippen is bij rechtsvergelijking daarom geboden. Zinnvolle rechtsvergelijking vereist daarom het gelijkrichten van de inhoud van gelijklopende begrippen uit verschillende rechtstelsels. Zo kunnen misverstanden worden voorkomen. Bijvoorbeeld, bij het gebruik van het begrip 'flexibiliteit' kan de een daaronder verstaan de intrinsieke flexibiliteit van het plan. Dat wil zeggen: de flexibiliteit die het plan zelf geeft. Een ander zal daaronder echter 'outer-plan flexibility' verstaan: flexibiliteit die is gelegen in het kunnen bouwen in afwijking van het plan. Het gelijkrichten van de inhoud van begrippen is daarom nodig. Bij bijeenkomsten van het Platform of Experts in Planning Law wordt daarom doorgaans een inhoudsbeschrijving van de centrale begrippen gegeven die gebruikt wordt bij de beantwoording van de casevragen.

De kans op 'taalproblemen' is relatief groot als een onderzoeker uit één land verschillende rechtstelsels met elkaar vergelijkt. Doorgaans zal de kennis van de buitenlandse rechtstelsels niet zo groot zijn dat één onderzoeker taalproblemen kan voorkomen. Pieters en

---

19 Pieters en Demarsin, p. 42.

Demarsin doen dan ook de aanbeveling om te werken met nationale rapporteurs.<sup>20</sup> De onderzoeksleider(s) uit een bepaald land formuleert dan eerst het doel van de vergelijking, de onderzoeksvraag en de vragenlijst. Dat houdt mede in het hierboven genoemde bepalen van de inhoud van de begrippen uit de vragenlijst. De nationale rapporteurs beantwoorden vervolgens de vragen. De beantwoording van de onderzoeksvraag vindt vervolgens plaats door de onderzoeksleider(s). Deze werkwijze is gevolgd bij de drie studies die eerder zijn aangehaald: *Expropriation Law in Europe*, *Takings International* en *Internationale vergelijking financiering en kostenverhaal bij organische gebiedsontwikkeling*.

## 5 Het verklaren van overeenkomsten en verschillen

Eerder is in deze bijdrage aangegeven dat de kern van rechtsvergelijking ligt in het onderzoeken van de verschillen en gelijkenissen tussen (onderdelen van) verschillende rechtstelsels. Het zoeken naar een *ius commune* of gemeenschappelijke trends betreft in wezen ook het zoeken naar overeenkomsten en valt dus onder de kern van rechtsvergelijking.<sup>21</sup> Ook voor de groepering van verschillende nationale rechtstelsels in 'rechtsfamilies' of 'legal traditions' geldt dat dit in feite het zoeken naar overeenkomsten en verschillen is.<sup>22</sup>

Een mogelijke volgende stap is het *verklaren* van de gevonden overeenkomsten en verschillen. Alhoewel dit, volgens de hierboven gegeven definitie, geen noodzakelijk onderdeel is van rechtsvergelijking, kan het wel onderdeel uitmaken van de onderzoeksvragen. Het moeilijke is hier het vinden van een uitgangspunt voor de vergelijking. Immers, alleen vergelijkbare zaken kunnen worden vergeleken. Wat het verklaren van overeenkomsten en verschillen betreft bestaan er binnen het internationaal vergelijkend onderzoek twee diametraal tegenover elkaar staande scholen. Dit zijn de universalistische en de particularistische benadering.<sup>23</sup> De universalistische benadering legt de nadruk op vergelijkbare ontwikkelingen tussen landen, zonder aandacht te hebben voor de context waarin die ontwikkelingen plaatsvinden. De universalistische benadering legt daarmee de nadruk op overeenkomsten en beschouwt verschillen tussen landen als tijdelijk of niet relevant. Van der Heijden geeft aan dat evolutionaire theorieën binnen de universalistische stroming passen.<sup>24</sup> De convergentietheorie is daarvan een voorbeeld. Deze theorie schrijft de verschillen tussen landen toe aan de verschillende economische ontwikkelingsfase waarin ze zich bevinden.<sup>25</sup> De particularistische benadering legt juist de nadruk op verschillen tussen landen. Zozeer zelfs, dat er volgens de aanhangers van

---

20 Pieters en Demarsin, p. 59. Zij onderscheiden twee varianten van het inschakelen van nationale rapporteurs.

21 Een recente en uitgebreide studie naar trends in de ontwikkeling van verschillende planningsstelsels is *COMPASS 2018 - Comparative Analysis of Territorial Governance and Spatial Planning Systems in Europe*, <https://www.espon.eu/planning-systems>.

22 Voor de indeling in 'legal traditions' zie H.P. Glenn, *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law*, Oxford: Oxford University Press 2014. Al langere tijd wordt onderkend dat voor de indeling in 'rechtsfamilies' niet kan worden verstaan met complete nationale rechtstelsels, maar dat gegroepeerd moet worden per rechtsgebied (zoals bestuursrecht). Zelfs dan zijn het nog slechts grove indelingen.

23 H. van der Heijden, *West European housing systems in a comparative perspective*. Amsterdam: IOS Press 2013. Wat in deze paragraaf geschreven is over de universalistische, particularistische en middenwegbenadering is ontleend aan deze bron.

24 Van der Heijden, p. 218.

25 Van der Heijden, p. 216.

de benadering geen sprake kan zijn van generalisatie. 'Dit kan er toe leiden dat een internationale vergelijking als onmogelijk wordt beschouwd omdat de verschijnselen die vergeleken moeten worden, te veel verschillen'.<sup>26</sup> Van der Heijden ziet voor de grote tegenstelling tussen beide benaderingen een oplossing in een zogenaamde middenweg-benadering.

'Een benadering waarin gezocht wordt naar een balans tussen generalisatie en het belang van verschillen (...). In een dergelijke benadering wordt ook aan de invloed van de historische en culturele context van een (onderdeel van een) (...)systeem aandacht besteed. Daarbij dient voor zowel de (onderdelen van) (...)systemen als voor de context een vergelijkingsbasis te worden gevonden, zodat verschijnselen die in afzonderlijke landen onderling niet identiek zijn, toch vergeleken kunnen worden. Mede vanwege het belang van de context, vereist een middenweganalyse een kwalitatieve benadering waarbij de onderzoeker moet besluiten over de mate van vergelijkbaarheid en de mate van generalisatie. Waar zal de analyse plaatsvinden in het continuüm tussen een particularistische benadering en een universalistische benadering (...)? Hiertoe maken middenwegbenaderingen vaak gebruik van patronen en typologieën (...).'<sup>27</sup>

Kortom, het wordt mogelijk geacht om verklarende uitspraken te kunnen doen over verschillen en overeenkomsten tussen (rechts)systemen, maar dan moet wel aan een aantal methodologische voorwaarden worden voldaan.

Niet altijd leidt het zoeken naar verklaringen voor overeenkomsten en verschillen tot een helder antwoord. Soms blijkt dat er geen enkele samenhang te vinden is tussen de onderzochte landen. Het eerder aangehaalde onderzoek *Takings International* - een internationale vergelijking van planschadevergoedingsregels - leidde tot de conclusie dat er grote verschillen zijn tussen landen, die niet logisch zijn te verklaren. Geen twee landen hebben hetzelfde planschadevergoedingsrecht. De verschillen tussen landen zijn groot en niet te voorspellen op basis van andere eigenschappen van deze landen.

'Perhaps the most interesting finding - one that is difficult to accept - is that any attempt to guess a given country's position on regulatory takings law based on some other attributes that characterize it is likely to fail. Careful reading of the full set of papers shows that presumptions or hypotheses based on variables such as legal "family", legal-institutional structure, geographic proximity, shared language and cultural backgrounds, or planning needs (such as density, size or resources scarcity) do not hold in the face of the comparative findings.'<sup>28</sup>

## 6 Rechtsovername

Een fascinerend thema van rechtsvergelijking is het overnemen door een land van een juridisch arrangement van een ander land. In de Engelse taal is dit het gebied van de 'legal transplants'. Bekend voorbeeld in het privaatrecht is het Burgerlijk Wetboek van 1838 dat zeer veel leek op de Code Napoleon. Recenter is het voorbeeld van de wetgeving van Oost-Europese landen in het postcommunistische tijdperk. Grote delen van de nieuwe wetgeving waren gebaseerd op die van West-Europese landen. Rechtsover-

26 Van der Heijden, p. 219.

27 Van der Heijden, p. 219,

28 Alterman, p. 14.

name gaat verder dan wat in paragraaf 'Doelen van rechtsvergelijking' is beschreven als derde mogelijk doel: het bieden van inspiratie aan de makers van nieuw recht. In de planning-literatuur worden namelijk drie niveaus van lessen-trekken onderscheiden: inspiratie, leren en overname (transplantatie).<sup>29</sup> Bij 'inspiratie' gaat het om het verzamelen en evalueren van data over ervaringen elders. 'Leren' is het zich eigen maken van de verzamelde geëvalueerde informatie met besef van onderliggende ideeën en het herkennen van verschillen en obstakels. 'Overname' betreft het zoeken en in acht nemen van de voorwaarden waaronder transfer van (juridische) arrangementen naar een andere context mogelijk is.

Is rechtsovername überhaupt mogelijk? Pieters en Demarsin gaan daar impliciet vanuit als ze stellen dat de vraag is aan welke voorwaarden moet zijn voldaan opdat de overname van recht succesvol is.<sup>30</sup> Inhoudelijk gaan ze overigens niet nader in op deze voorwaarden.<sup>31</sup>

Anderen stellen dat legal transplantation niet mogelijk en bovendien ongewenst is. De eerder aangehaalde Alterman is daar een voorbeeld van.

'It is also important to note what this book does not aim to do. It is not a manual of laws from which to pick and choose and transplant from one country to another. Transplantation of laws is, of course, neither possible nor desirable. Laws are grounded in legal systems and institutions and reflect public policies. The latter are grounded in socio-political and cultural milieus that cannot - and should not - be replicated.'<sup>32</sup>

Niettemin zijn er feitelijk vele voorbeelden van rechtsovername. Vooral in Zuidoost-Azië zijn de voorbeelden talrijk. Hier is een veel buitenlands recht, met kleinere of grotere aanpassingen, overgenomen.<sup>33</sup>

Duidelijk is dat aan rechtsovername gevaren zijn verbonden. Het zijn dezelfde drie gevaren als in de bestuurskunde worden onderkend bij een beleidstransfer. Bij een *uninformed transfer* heeft het ontvangende land onvoldoende informatie over het instrument en hoe het werkt in het land waaruit het afkomstig is. Bij een *incomplete transfer* zijn cruciale elementen die het instrument in het ene land tot een succes maakte niet overgenomen. Ten slotte is er bij de *inappropriate transfer* onvoldoende aandacht besteed aan de verschillen in economische, sociale, politieke en ideologische context tussen het overdragende en het ontvangende land.<sup>34</sup>

---

29 E.W.T.M. Heurkens, *Private sector-led urban development projects. Management, partnerships & effects in the Netherlands and the UK*. Delft: Architecture and the Built Environment 2012, p. 124. Heurkens heeft deze tabel gebaseerd op L. Janssen-Jansen, M. Spaans & M. van der Veen (eds.), *New instruments in spatial planning. An international perspective on non-financial compensation*, Amsterdam: IOS Press 2008 en op M. Spaans & E. Louw, 'Crossing borders with planners and developers. The limits of lesson-drawing', *Proceedings from EURA '09: City Futures*. Madrid: EURA.

30 Siems, p. 231 e.v. is eveneens van mening dat rechtsovername mogelijk is.

31 Pieters en Demarsin, p. 80.

32 Alterman, p. 9.

33 A. Harding, 'Comparative law and legal transplantation in South East Asia; making sense of the 'nomic din'', in: D. Nelken and J. Feest (ed.), *Adapting legal cultures*, Oxford: Hart Publishing 2001.

34 D.P. Dolowitz and D. Marsh, 'Learning from abroad. The role of policy transfer in contemporary policy-making', *Governance*, Vol. 13, No. 1, January 2000.



## 7 Rechtsfamilies en 'goodness of fit'

Voor rechtsovername zijn ook de in paragraaf 'Het verklaren van overeenkomsten en verschillen' genoemde 'rechtsfamilies' relevant.<sup>35</sup> De (impliciete of expliciete) veronderstelling is namelijk dat de kans op een succesvolle overname groter is als dat binnen een familie plaatsvindt. Het idee is dat binnen een rechtsfamilie juridische congruentie bestaat. Dat wil zeggen dat de verschillende nationale rechtsstelsels binnen een rechtsfamilie vertrekken vanuit dezelfde premissen en dat er (dus) een kleine kans is op onverenigbaarheden door het brengen van elementen uit een ander systeem in het eigen systeem. Overigens moet daarbij worden onderkend dat afhankelijk van het rechtsgebied (bijv. bestuursrecht) een land tot de ene of de andere familie kan behoren. Een rechtsstelsel kan daarom niet in zijn geheel tot een familie worden gerekend.

Verskillende auteurs komen tot verschillende families. Een bekende indeling is die van Loughlin.<sup>36</sup> Hij onderscheidt vier 'families of states': Anglo-Saxon, Germanic, French en Scandinavian. Daarvoor gebruikte hij de volgende indicatoren: constitution, state-society relations, political organization, basis of policy style, form of decentralization, approach to public administration. Tot de Germanic family behoren: Duitsland, Oostenrijk, Nederland, Spanje (na 1978) en België (na 1988). Dit suggereert dat Nederland succesvoller elementen uit het recht van bijvoorbeeld Duitsland en België kan overnemen dan uit bijvoorbeeld uit het Verenigd Koninkrijk (en vice versa).

De suggestie dat een rechtsovername tussen landen binnen dezelfde familie eenvoudiger is dan tussen landen uit verschillende families, betekent niet dat aan familiäre verwantschap absolute betekenis mag worden toegekend. Ook bij transfer binnen families speelt het vraagstuk van de 'goodness of fit'. 'Goodness of fit' betekent dat niet alleen aandacht moet worden besteed aan de hierboven genoemde juridische congruentie: worden niet wezensvreemde elementen uit een ander rechtsstelsel in het eigen rechtsstelsel gebracht? 'Goodness of fit' houdt ook in dat aandacht wordt besteed aan congruentie van het over te nemen juridische arrangement met de sociale context, culturele waarden en politieke voorkeuren van het ontvangende land.<sup>37</sup> Als met de kenmerken van het ontvangende land goed rekening wordt gehouden, is ook rechtsovername uit een andere familie mogelijk.<sup>38</sup> Ook gebrek aan verwantschap hoeft op zichzelf geen probleem te zijn als men zich dat goed heeft gerealiseerd en het juridische arrangement is aangepast aan noden en wensen in het ontvangende land.<sup>39</sup>

35 Deze paragraaf is deels gebaseerd op hoofdstuk 6 in F.A.M. Hobma, *Internationale vergelijking financiering en kostenverhaal bij organische gebiedsontwikkeling*, Delft: Faculteit Bouwkunde 2014.

36 J. Loughlin, 'Nation, state and region in Western Europe', in: L. Bekemans (ed.), *Culture: Building stone for Europe 2002*, Brussels: European Interuniversity Press 1993, p. 229-248 en J. Loughlin and B.G. Peters, 'State traditions, administrative reform and regionalization', in: M. Keating and J. Loughlin (eds.), *The political economy of regionalism*, London: Frank Cass, p. 41-62.

37 V. Mamadouh, M. de Jong & K. Lalenis, 'An introduction to institutional transplantation', in: M. de Jong, K. Lalenis & V. Mamadouh (eds.), *The theory and practice of institutional transplantation. Experiences with the transfer of policy institutions*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2012, p. 8.

38 M. de Jong, V. Mamadouh & K. Lalenis, 'Drawing lessons about lesson drawing', in: M. de Jong, K. Lalenis & V. Mamadouh (eds.), *The theory and practice of institutional transplantation. Experiences with the transfer of policy institutions*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2012, p. 283.

39 M. de Jong and S. Storer, 'Institutional transplantation and the rule of law: How this interdisciplinary method can enhance the legitimacy of international organisations', *Erasmus Law Review*, Volume 2,



Het is daarom van het grootste belang om zich bewust te zijn van en rekenschap te geven van de verschillen in institutionele contexten (juridische, sociale, culturele en politieke context) als wordt overwogen om (elementen van) juridische arrangementen uit een ander land over te nemen.

## 8 Pleidooi voor bescheidenheid

De korte verkenning van enkele methodologische aspecten van internationaal vergelijkend omgevingsrechtelijk onderzoek in dit hoofdstuk leidt tot een pleidooi voor bescheidenheid. Het is bescheidenheid over ambities - over wat met rechtsvergelijking bereikt kan worden gezien de inherente beperkingen. Pieters en Demarsin, in hun meermalen aangehaalde boek, spreken van 'Bescheidenheid en moed'.

'Talrijk zijn de gevaren en valkuilen. Aanzienlijk zijn de verwachtingen (...). Vele methodologische principes moeten in acht genomen worden; kennis en kunde op tal van gebieden, in het recht en daarbuiten, moet aanwezig zijn.'<sup>40</sup>

Hoe verstrekkender het doel van de rechtsvergelijking, hoe uitdagender het onderzoek. Soms is de doelstelling van het onderzoek bescheiden en hoeft geen rekening te houden met het goodness of fit-vraagstuk. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het onderzoek *Takings International*.

'The present study has a modest goal: to create a fundamental layer of knowledge that describes the various laws on regulatory takings out some similarities and differences'.<sup>41</sup>

Bij verder strekkende doeleinden zal men zich rekenschap moeten geven van goodness of fit, ofwel rekening houden met de congruentie (of, omgekeerd: incompatibiliteit) van het over te nemen juridische arrangement met de juridische, sociale, economische en politieke omgeving van het ontvangende land. De (internationale) geschiedenis kent vele voorbeelden van in dit opzicht succesvolle rechtsovernames. Evenzo zijn er voorbeelden van 'failure of legal transplant', waarbij er onvoldoende rekening is gehouden met de ontvangende omgeving.<sup>42</sup>

Terug naar het 'Platform of Experts in Planning Law'. Wat zijn hier de doeleinden van rechtsvergelijking? Dat zijn kennisuitwisseling en inspiratie. Er zijn nauwelijks andere fora waar kennis kan worden genomen van het omgevingsrecht in andere landen. Er is slechts één werkelijk internationaal omgevingsrechtelijk tijdschrift, het *Journal of Property, Planning and Environmental Law*. Het Platform is, bij mijn weten, het enige forum dat zich exclusief op omgevingsrecht (in den brede) richt. Weliswaar bestaat de International Academic Association on Planning, Law and Property Rights.<sup>43</sup> Maar die richt zich niet uitsluitend op omgevingsrecht, maar ook op planningsvraagstukken - dat is de reden waarom behalve juristen ook planologen deel nemen aan de conferences van die associatie. Kortom, er is bestaansrecht voor een platform waar omgevingsrechtelijke

---

Issue 03 (2009).

40 Pieters en Demarsin, p. 64.

41 R. Alterman, p. 12.

42 Zie bijvoorbeeld A.A. Alshorbagy, 'On the failure of a legal transplant. The case of Egyptian takeover law', *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 22 no. 2 (2012).

43 <http://plpr-association.org>.

kennis en ervaringen tussen landen wordt uitgewisseld. De opzet van het Platform waarbij de deelnemers allen dezelfde casevragen beantwoorden maakt vergelijking gemakkelijk. Tegelijkertijd is er behoefte aan meer 'robuste' methoden om tot betekenisvolle resultaten van rechtsvergelijking te komen. Ik spreek de hoop uit dat Jan Struiksma met zijn bijzondere methodologische belangstelling daaraan een verdere bijdrage levert.



# Contaminatie van de empirische cyclus

Prof. dr. G.J. (Don) Mellenbergh<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

In 1961 verscheen de eerste druk van het boek *Methodologie: Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen* van A.D. de Groot.<sup>2</sup> Het boek had grote invloed, niet alleen in de gedragswetenschappen maar ook in vele andere disciplines. Het boek gebruikte bestaande inzichten uit de cognitieve psychologie, wetenschapsfilosofie, psychologische testtheorie en statistiek, maar was uniek doordat het deze inzichten integreerde in een samenhangend kader.<sup>3</sup>

De Groot beschrijft een cyclus van empirisch onderzoek die bestaat uit vijf fasen. Als de cyclus is doorlopen dienen zich meestal nieuwe vraagstellingen aan en start een nieuwe cyclus waardoor op den duur cumulatie van wetenschappelijke kennis ontstaat. Struiksma<sup>4</sup> heeft deze cyclus toegepast op de civiele rechtsdogmatiek en bruikbaar gemaakt voor juridisch onderzoek.

Struiksma<sup>5</sup> beschrijft de vijf fasen van de empirische cyclus van rechtswetenschappelijk onderzoek. In de *observatiefase* wordt het materiaal verzameld en wordt een voorlopige groepering aan de hand van gelijkenissen van verhoudingen en gedragingen gemaakt. In de *inductiefase* wordt afgeleid welke betekenis geschilbeslechteurs hebben toegekend aan verhoudingen en gedragingen in specifieke geschillen. In de *deductiefase* wordt voorspeld dat gelijksoortige feiten en omstandigheden verschillende geschillen sluitend zullen beschrijven. In de *toetsingsfase* wordt per geschil nagegaan of aan de voorspelling wordt voldaan. In de *evaluatiefase* wordt beoordeeld of de theorie houdbaar is, moet worden aangepast, of moet worden verworpen.

Struiksma<sup>6</sup> geeft het volgende fictieve voorbeeld. Het vermoeden bestaat dat arresten betreffende de toepassing van privaatrechtelijke bevoegdheden door overheden bijeen gebracht kunnen worden in een samenhangend theoretisch kader. Dit vermoeden wordt onderzocht volgens de principes van de empirische cyclus. De observatiefase bestaat

---

1 Met dank aan mr. dr. R. Mellenbergh voor zijn waardevolle opmerkingen over een conceptversie van deze bijdrage.

2 A. D. de Groot, *Methodologie. Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen*, 'Gravenhage: Mouton & Co 1961.

3 Zie het *Ten Geleide* van G. J. Mellenbergh bij de heruitgave van *Methodologie*, Assen: Van Gorcum 1994.

4 J. Struiksma, *Het geschil als spel. De empirische cyclus van rechtswetenschap*, Zaandam 2012.

5 Struiksma 2012, par. 20.

6 Struiksma 2012, par. 21.

uit de beschrijving van de arresten en ander materiaal dat betrekking heeft op dit vermoeden. Deze fase is descriptief en levert het materiaal voor verder onderzoek. In de inductiefase wordt het materiaal geëxploreerd en wordt gezocht naar factoren die de oordelen van rechters bepalen. Een voorlopig theoretisch kader wordt ontworpen. De deductiefase stelt dat het voorlopige theoretische kader de uitkomst van ieder arrest kan voorspellen. In de toetsingsfase wordt per arrest nagegaan of deze voorspelling klopt. De evaluatiefase bestaat uit het beoordelen of het theoretische kader houdbaar is, moet worden aangepast, of moet worden verworpen.

De Groot en Struiksma hebben deze cyclus in abstracto beschreven. In de onderzoekspraktijk moet de cyclus worden geïmplementeerd en moeten onderzoekers kiezen welke methoden en procedures zij gaan gebruiken in hun onderzoek. In onder meer de psychologische<sup>7</sup> en medische<sup>8</sup> wetenschappen zijn praktijken gesignaleerd waarin onderzoekers al dan niet opzettelijk een twijfelachtig gebruik hebben gemaakt van hun keuzevrijheid. Deze bijdrage noemt enkele praktijken die de empirische cyclus contamineren en bespreekt tegenmaatregelen die ook van nut kunnen zijn in rechtswetenschappelijk onderzoek.

## 2 Fraude

Wetenschappelijke fraude is de ernstigste vorm van wangedrag en contamineert de wetenschappelijke literatuur. Drie typen fraude worden onderscheiden: plagiaat, fabricatie van gegevens en vervalsing van gegevens. Fraudegevallen worden regelmatig ontdekt en kunnen niet meer worden afgedaan als betreurenswaardige incidenten. Een schatting is dat fabricatie en vervalsing van gegevens jaarlijks voorkomt in minstens 1% van het onderzoek.<sup>9</sup> Een berucht geval is dat van D. Stapel die fraude heeft gepleegd in 55 van zijn publicaties.<sup>10</sup>

Fabricatie en vervalsing van gegevens zijn niet erg waarschijnlijk in juridisch onderzoek op het gebied van de overheid omdat de gegevens, zoals arresten, openbaar en voor iedereen toegankelijk zijn. Plagiaat kan echter wel optreden. Een indicatie voor plagiaat is overlap van een manuscript met andere publicaties van dezelfde of andere auteurs. De mate van overlap kan worden vastgesteld met hiervoor ontwikkelde software. Plagiaat wordt tegengegaan door deze software toe te passen op ieder manuscript dat voor publicatie wordt aangeboden en de mate van overlap van het aangeboden manuscript met andere publicaties na te gaan. Een grote mate van overlap impliceert nog niet dat er sprake is van plagiaat, maar is wel een indicatie om een nader onderzoek naar plagiaat in te stellen. Een complicerende factor bij onderzoek naar plagiaat is dat in sommige culturen het kopiëren van teksten en citeren zonder bronvermelding gebruikelijk zijn.

---

7 C. Chambers, *The 7 deadly sins of psychology. A manifesto for reforming the culture of scientific practice*, Princeton: Princeton University Press 2017.

8 B. Goldacre, *Bad science*, London: Fourth Estate 2008.

9 W. Stroebe, T. Postmes & R. Spears, 'Scientific misconduct and the myth of self-correction', *Perspectives on Psychological Science* 2015, p. 670-688.

10 Levelt, Noort & Drenth Committees, *Flawed science. The fraudulent research practices of social psychologist Diederik Stapel*, Tilburg: Tilburg University 2012, p.25.

Onderzoekers geschoold in deze traditie moeten beseffen dat plagiaat in wetenschappelijke tijdschriften niet is toegestaan.

### 3 HARKing

*Exploratie* is het doorspitten van onderzoeksgegevens op zoek naar interessante bevindingen. *Confirmatie* is daarentegen het toetsen van hypothesen die van te voren zijn geformuleerd. Exploratie behoort tot de inductiefase van de empirische cyclus en confirmatie tot de toetsingsfase. Onderzoekers die hun gegevens exploreren vinden altijd wel iets dat interessant is. Het gevaar is echter dat deze bevindingen toevalstreffers zijn die in nieuw onderzoek geen stand houden en wordt *kanskapitalisatie* genoemd. De kans op toevalstreffers kan onder controle worden gehouden door de onderzoeksgegevens in twee verschillende groepen te splitsen: één groep voor exploratie om hypothesen te formuleren en een andere groep om deze hypothesen te toetsen. Het splitsen van de onderzoeksgegevens in een deel voor exploratie en een ander deel voor toetsing werd al genoemd door De Groot<sup>11</sup>. In onderzoek naar de passing van statistische modellen wordt een steekproef door loting gesplitst in een deel om een model te specificeren en een ander deel om dit model te toetsen en staat in de statistiek bekend als *kruisvalidatie*.<sup>12</sup> Loting is methodologisch de beste methode om gegevens te splitsen in delen voor exploratie en confirmatie. Door de loting zijn de twee delen vergelijkbaar en de splitsing kan niet worden beïnvloed door onderzoekers en anderen. Loting ligt ten grondslag aan vele statistische methoden om gegevens te analyseren, maar is ook nuttig als de gegevens met andere methoden worden geanalyseerd.

In de inductiefase wordt het onderzoeksmateriaal geëxploreerd en in de deductiefase worden hieruit voorspellingen afgeleid. Deze voorspellingen worden in de toetsingsfase getoetst, bij voorkeur aan de hand van materiaal dat niet is gebruikt voor exploratie. *Hypothesizing After Results are Known (HARKing)*.<sup>13</sup> is een praktijk die doet voorkomen alsof hypothesen die voortkomen uit exploratie al zijn getoetst. Deze praktijk blijkt regelmatig voor te komen in psychologisch onderzoek.<sup>14</sup> De onderzoeker exploreert de gegevens en vindt enkele interessante resultaten. In de rapportering van het onderzoek doet de onderzoeker het voorkomen alsof hij of zij deze resultaten had voorspeld en in het onderzoek heeft getoetst. De onderzoeker presenteert hypothesen die zijn geformuleerd in de inductiefase van de empirische cyclus als hypothesen die zijn getoetst in de toetsingsfase. Sommige onderzoekers menen dat dit is toegestaan, maar het is een kwalijke praktijk omdat de lezer wordt misleid. Deze denkt dat de onderzoeker van te voren hypothesen heeft geformuleerd die in het onderzoek zijn getoetst, maar in werkelijkheid zijn deze hypothesen verkregen door exploratie. Dergelijke hypothesen moeten nog worden getoetst aan de hand van andere gegevens. HARKing wordt voorkomen door *preregistratie*, d.w.z. de openbare vastlegging van de vraagstelling, hypothesen en methoden van onderzoek op een elektronische bewaarplaats alvorens het onderzoek

11 De Groot 1961, par. 9;2;5.

12 B. Efron & J. Tibshirani, *An introduction to the bootstrap*, New York: Chapman & Hall 1993, par. 17.3.

13 N. L. Kerr, 'HARKing: Hypothesizing after the results are known', *Personality and Social Psychology Review* 1998, p. 196-217.

14 Chambers 2017, p. 19.

wordt gedaan.<sup>15</sup> Preregistratie maakt van te voren duidelijk welke hypothesen zijn geformuleerd en hoe zij getoetst zullen worden. Openbare preregistratie bestrijdt ook plagiaat omdat het vermeldt wie het onderzoek gaat doen. Als andere onderzoekers een van te voren geregistreerde studie geheel of gedeeltelijk kopiëren dan is het aantoonbaar dat zij zich schuldig maken aan plagiaat. Indien het noodzakelijk is dat een studie van te voren niet bekend mag worden, dan kan preregistratie worden gedaan bij bijvoorbeeld een tijdschrift waarbij de redactie van het tijdschrift geheimhouding garandeert.

Preregistratie sluit exploratie van de gegevens niet uit. De onderzoeker kan in de rapportering aangeven dat sommige hypothesen zijn verkregen door exploratie, maar alleen hypothesen die in de preregistratie zijn vastgelegd worden getoetst. De rapportering bevat dan een confirmatief gedeelte waarin de hypothesen die vastgelegd zijn in de preregistratie worden getoetst en een exploratief gedeelte waarin hypothesen worden geformuleerd die zijn verkregen door exploratie en nog moeten worden getoetst.

## 4 Selectief publiceren

*Publication bias* is de vertekening van de wetenschappelijke literatuur door selectief publiceren waarbij de beslissing om te publiceren wordt beïnvloed door de resultaten van het onderzoek.<sup>16</sup> Uit onderzoek van o.a. Fanelli<sup>17</sup> is gebleken dat de wetenschappelijke literatuur wordt gedomineerd door artikelen met positieve resultaten die de hypothesen van de onderzoekers ondersteunen. Dit wordt veroorzaakt door een aantal verschillende factoren. Onderzoekers hebben de neiging onderzoek dat hun hypothesen niet ondersteunt achter te houden en niet aan te bieden voor publicatie (Rosenthal's *file drawer problem*<sup>18</sup>). Onderzoekers die gegevens fabriceren en vervalsen en onderzoekers die dubieuze onderzoekspraktijken toepassen doen dit om positieve resultaten te verkrijgen om daarmee hun kans op publicatie te vergroten. Daardoor dragen zij bij aan de oververtegenwoordiging van positieve resultaten in de wetenschappelijke literatuur. Beoordelaars van manuscripten die aan tijdschriften zijn aangeboden (redactieleden en reviewers) hebben de neiging positiever te oordelen over manuscripten als de resultaten van het onderzoek overeenstemmen met hun eigen opvattingen.<sup>19</sup> Tenslotte kunnen externe financiers van onderzoek publicatie verhinderen als de resultaten van het onderzoek hen onwelgevallig zijn omdat zij hun mening niet ondersteunen.

In toetsingsonderzoek kunnen meestal de resultaten en conclusies van de studie worden gescheiden van de overige onderdelen van de studie, zoals hypothesen, methoden, en implementatie van de studie. *Publication bias* wordt dan voorkomen door het beoordelingsproces van aangeboden manuscripten in twee fasen te splitsen. In de eerste fase bieden auteurs hun manuscript aan met alle relevante informatie behalve de resultaten en

---

15 Chambers 2017, p. 21.

16 C. B. Begg, 'Publication bias', in: H. Cooper & L. V. Hedges (Eds.), *The handbook of research synthesis*. New York: Russell Sage Foundation 1994, p. 399-409.

17 Geciteerd door Chambers 2017, p. 11.

18 R. Rosenthal, 'The "File Drawer Problem" and tolerance for null results', *Psychological Bulletin* 1979, p. 638-641.

19 M. J. Mahoney, 'Publication prejudices. An experimental study on confirmation bias in the peer review process', *Cognitive Therapy and Research* 1977, p. 161-175.

conclusies van het onderzoek. De redactie en de reviewers beoordelen het manuscript. Hun oordelen kunnen in deze fase niet beïnvloed worden door de resultaten en conclusies van het onderzoek omdat deze ontbreken in het manuscript. De redactie besluit het manuscript af te wijzen of, eventueel na herschrijving, in principe te accepteren voor publicatie. In de tweede fase voegen de auteurs van in principe geaccepteerde manuscripten de resultaten en conclusies toe aan het manuscript. Als geen afwijkingen van het in principe geaccepteerde manuscript of fouten in de resultaten en conclusies worden geconstateerd dan wordt het artikel gepubliceerd. Publication bias wordt uitgesloten doordat de oordelen van redactieleden en reviewers in de eerste fase niet beïnvloed kunnen worden door de uitkomsten van het onderzoek. Deze twee-fasen beoordelingsprocedure werd al in 1970 voorgesteld<sup>20</sup>, maar werd pas voor het eerst geïmplementeerd door een tijdschrift in 2013 onder de naam van *registered reports*.<sup>21</sup> De laatste tijd wordt de procedure gehanteerd door steeds meer wetenschappelijke tijdschriften.<sup>22</sup>

## 5 HARKing en selectief publiceren in het fictieve voorbeeld

De Inleiding van deze bijdrage beschrijft het fictieve voorbeeld van de empirische cyclus van juridisch onderzoek dat Struiksma geeft. Het vermoeden is dat arresten betreffende de toepassing van privaatrechtelijke bevoegdheden door overheidsinstanties bijeen gebracht kunnen worden in een samenhangend theoretisch kader. HARKing en selectief publiceren zouden ook in dit voorbeeld kunnen voorkomen.

De methodologisch beste toepassing van de cyclus is om de arresten via loting in twee groepen te splitsen. De ene groep wordt gebruikt voor het opsporen van factoren die de oordelen van rechters bepalen en om een voorlopig theoretisch kader op te stellen (de inductiefase). Uit dit kader wordt afgeleid dat ieder arrest door deze factoren wordt bepaald (de deductiefase). De andere groep arresten wordt gebruikt om deze afleiding te toetsen (de toetsingsfase).

HARKing zou op de volgende manier kunnen optreden. De onderzoeker splitst de arresten niet in twee groepen, maar exploreert alle arresten. Hij of zij vindt enkele factoren die de oordelen van rechters lijken te bepalen. De onderzoeker vermeldt echter in de rapportering dat deze factoren van tevoren zijn gespecificeerd en in het onderzoek zijn getoetst. De onderzoeker misleidt de lezer door te doen alsof de factoren zijn getoetst, terwijl zij zijn verkregen door exploratie. De geëxploreerde factoren kunnen echter toevalstreffers zijn en moeten nog worden getoetst aan de hand van andere arresten. Pre-registratie voorkomt HARKing doordat vastgelegd moet worden welke factoren van tevoren zijn gespecificeerd.

Publication bias zou ook kunnen optreden, bijvoorbeeld als onderzoekers de neiging hebben om onderzoek dat geen steun geeft aan het theoretisch kader van factoren niet aan te bieden voor publicatie en als redacties en reviewers de neiging hebben manuscrip-

20 G. W. Walster & T. A. Cleary, 'A proposal for a new editorial policy in the social sciences', *American Statistician* 1970, p. 16-19.

21 C. D. Chambers, 'Registered reports. A new publishing initiative at Cortex', *Cortex* 2013, p. 609-610.

22 Chambers 2017, p. 196.



ten die geen steun bieden aan het theoretisch kader of afwijken van hun opvattingen af te wijzen. Publication bias wordt voorkomen door de twee-fasen beoordelingsprocedure van de registered reports toe te passen. In de eerste fase wordt het manuscript met weglating van de toetsing van de factoren en de conclusies beoordeeld en pas als dit manuscript in principe is geaccepteerd voor publicatie worden in de tweede fase de toetsing van de factoren en de conclusies toegevoegd.

## **6 Conclusies**

De toetsing van hypothesen volgens de principes van de empirische cyclus van De Groot komt voor in vele wetenschappen en kan door het werk van Struiksma nu ook worden gebruikt in de rechtswetenschap. In de onderzoekspraktijk zijn incorrecte toepassingen van de cyclus gesignaleerd, maar er zijn ook methoden en procedures ontwikkeld om deze te voorkomen of te bestrijden. Voorbeelden die ook van nut kunnen zijn voor de rechtswetenschap zijn: gebruik van speciale software om de mate van overlap van een voor publicatie aangeboden manuscript met publicaties van dezelfde of andere auteurs vast te stellen om eventuele plagiaat op te sporen, preregistratie om HARKing te bestrijden en registered reports om publication bias te voorkomen.

# Omtrent kwaliteitsindicatoren van publicaties

Mr. dr. L.J.A. (Rens) Pieterse

“Schrijvers geloven in de patronen die hun woorden maken, die naar ze hopen en vertrouwen resulteren in ideeën, in verhalen, in waarheden”.<sup>1</sup>

## 1 Inleiding<sup>2</sup>

Het valt niet te ontkennen dat er nogal wat wordt gepubliceerd.<sup>3</sup> Van veel publicaties zal men tenminste vluchtig kennis moeten nemen. Daaraan valt niet te ontkomen. Maar niet alles wat verschijnt, is de moeite van het doornemen, laat staan bestuderen waard. Bij talloze publicaties zal de lezer zich vertwijfeld afvragen: heb ik de laatste bladzijde al bereikt? Veel gepubliceerde teksten - dat is algemeen bekend - blijven ongelezen, ook weleens omdat de schrijver ervan en zijn denkbeelden weerzin oproepen. Maar het is ook denkbaar dat sympathie voor een bepaalde auteur tot ontwikkeling komt. En dat is zelfs mogelijk als iemand zich bevindt in “de cocon van het universiteitsbestaan”, een biotoop die in niet geringe mate wordt gekenmerkt door “de sleur van dagelijks dezelfde mensen om je heen met hun geijkte humor en voorkeuren en obsessies”, om twee passages uit een roman te citeren.<sup>4</sup> Bij de appreciatie van wat verschijnt, zal eenieder zich door eigen maatstaven laten leiden. Die zullen doorgaans min of meer onbewust worden gehanteerd; soms berusten zij op een gewoonte of een zekere mate van willekeur, een principe dat een enorme kracht kan hebben. Desalniettemin lijkt het bepaald geen opzienbarende gedachte dat de kwaliteit van het gepubliceerde een aanzuigende werking zal hebben en een belangrijke indicator zal zijn bij het formuleren van het antwoord op de vraag of een publicatie, bijvoorbeeld een bijdrage die is opgenomen in een feestbundel, op waardering mag rekenen, en misschien wel wordt ‘uitgeknip’ door de lezer.<sup>5</sup>

---

1 Julian Barnes, *Hoogteverschillen*, Amsterdam / Antwerpen: Uitgeverij Atlas Contact 2013, p. 94 (*Levels of Life* 2013, vertaald door Ronald Vlek).

2 Enkele bouwstenen voor deze bijdrage heb ik ontleend aan eerder geschreven teksten.

3 In 1960 sprak H.J. Hellema, de eerste hoogleraar belastingrecht aan de Vrije Universiteit, in dit verband van een plaag, en wel in zijn voordracht gehouden op de Belastingconsulentendag 1960 georganiseerd door de Nederlandse Federatie van Belastingconsulenten, getiteld: *De rechtszekerheid in het fiscale recht*, Amsterdam: FED 1960, p. 5.

4 Stephan Enter, *Compassie*, Amsterdam: Uitgeverij Van Oorschot 2015, p. 21.

5 Vgl. Ilya Leonard Pfeijffer, ‘Ik schrijf voor mijn moeders plakboek’, *NRC Handelsblad* 12 september 2017.

## 2 Kwaliteit; aanwijsbaar en beredeneerbaar?

Wat goed is, wat kwaliteit heeft en 'uitknipbaar' is, zal over het algemeen vrijwel direct te herkennen zijn.<sup>6</sup> Minder gemakkelijk is het om onder woorden te brengen wat bepaalt dat sprake is van kwaliteit, dat wil zeggen: wanneer een publicatie, zoals een beschouwing in een maandblad, een annotatie,<sup>7</sup> een monografie of een boekbespreking aanspraak kan maken op deze kwalificatie. "Wat ik wel grappig vind", aldus Van den Boom, van 2007 tot en met 2016 rector magnificus van de Universiteit van Amsterdam, "is dat sommige mensen heel erg in verwarring raken als ze zelf mogen zeggen wat ze kwaliteit vinden".<sup>8</sup> Menigeen zal dit ongemak herkennen, dan wel zelf hebben ervaren. Bij het bepalen of sprake is van kwaliteit, kan houvast worden gevonden in de criteria die promotiecommissies hanteren bij de beoordeling van proefschriften. "Een kritische confrontatie met andere opvattingen en bronnenverantwoording behoren stevast hiertoe, maar mijn ervaring is dat het debat in de commissie over het proefschrift slechts bij hoge uitzondering in termen van deze criteria wordt gevoerd",<sup>9</sup> aldus Vranken. Dat inhoudelijke kwaliteit moeilijk te meten is, zal daaraan debet zijn; de omvang van het werk is daarentegen gemakkelijk vast te stellen, en mijn indruk is dat het aantal bladzijden een niet onbelangrijke factor is bij de vraag of een manuscript als proefschrift kan worden verdedigd.<sup>10</sup> Sommigen menen dan ook, om het betoog te vervolgen, dat kwaliteit slechts aanwijsbaar en beredeneerbaar is, dat wil zeggen dat zij slechts af te leiden is uit bepaalde 'eigenschappen' van een publicatie. Zo zal een publicatie die origineel, verrassend of vernieuwend is en begrijpelijke bevindingen bevat, een indicatie kunnen zijn dat de lezer met kwaliteit te maken heeft. Andere indicatoren zijn: argumentatie, diepgang en grondigheid, al is dat laatste een facet dat in deze tijd, waarin de concentratiespanne van lezers beperkt schijnt te zijn, ook op weerstand kan stuiten. Of een publicatie (maatschappelijke) 'impact' heeft,<sup>11</sup> kan ook een rol spelen bij de waardering ervan. Hetzelfde geldt voor de mate waarin een publicatie de potentie heeft tijdloos te kunnen worden. Zo kan een publicatie "een sociaal leven" gaan leiden en deel gaan uitmaken van de verbeelding en herinnering van de lezer en zo tot bloei komen.<sup>12</sup> Maar dat zal uitzonderlijk zijn en is misschien ook wel een kwestie van geluk: de meeste pu-

---

6 Zie daarover: Jeroen Geurts, 'Wat goed is, herken je meteen', *NRC Handelsblad* 29 oktober 2016.

7 Zie L.J.A. Damen, 'Van publiceren naar annoteren van bestuursrechtelijke jurisprudentie: 100 jaar AB', in: W. den Ouden e.a. (red.), *100 jaar AB*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 24-28, over de vraag wat een goede annotatie is.

8 'Wetenschap is verslingerd aan publicaties tellen', *NRC Handelsblad* 11 februari 2017. Inmiddels is Van den Boom in opspraak geraakt (zie onder meer 'Wie imiteert, valt door de mand', *NRC Handelsblad* 4 juni 2019, p. 4-5).

9 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel \*\*\*\*. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 90.

10 Hoe spannend en fascinerend een compact proefschrift kan zijn, demonstreert Joseph Fleuren, 'Geen greintje vet', in: Joseph Fleuren en Tetty Havinga (red.), *Voorbeeldige proefschriften. Beschouwingen over inspirerende rechtsgeleerde dissertaties*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 7-12.

11 De beschouwing van R.H. Happé, getiteld 'Fiscale ethiek voor multinationals', verschenen in *WFR* 2015/938, "heeft tot veel discussie geleid", zo heeft T. Bender in haar "eigen omgeving kunnen constateren", zie haar artikel: 'Tussen ethiek en wet: een derde weg', *WFR* 2017/20, par. 2.1.

12 Robert Macfarlane, *Lezen als geschenk*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennep 2019, p. 27 (*The Gifts of Reading* 2017, vertaald door Nico Groen).

blicaties zijn als rozen die door de eerste nachtvorst heen bloeien, maar met het vallen van de eerste sneeuw verwelken.<sup>13</sup>

In de volgende paragraaf behandel ik enkele (andere) kwaliteitsindicatoren (zoals de vraagstelling, andere methodologische aspecten, evenals originaliteit en toegankelijkheid van het werk) op een wat losse, associatieve manier. Daarbij ga ik soms ook in op de vraag in hoe een auteur de kwaliteit van het geschrevene kan beïnvloeden.

### 3 Bespiegelingen over kwaliteitsindicatoren

Een indicatie of graadmeter voor kwaliteit is de vraagstelling, zo zij aanwezig is, moet ik daaraan toevoegen. Dat is namelijk lang niet altijd het geval in een juridische publicatie. Dat een heldere vraagstelling als vertrekpunt van rechtswetenschappelijk onderzoek een garantie is voor de onbenulligheid van het resultaat, zoals Nieuwenhuis betoogde,<sup>14</sup> lijkt mij overdreven. Een goede en onverwachte vraag kan er namelijk wel degelijk toe leiden dat een publicatie ontstaat die lezenswaardig of zelfs baanbrekend is, bijvoorbeeld omdat zij enige invloed heeft op de inhoud van een wetsvoorstel of tot een wijziging (die een verbetering inhoudt) van een bestaand wettelijk voorschrift leidt. Daarvan zijn, zeker in het fiscale discours, voorbeelden te geven. Dergelijke goede, onverwachte vragen worden niet dagelijks gesteld, om het voorzichtig uit te drukken. De meeste juristen hebben een fascinatie voor het geldende recht, en dat leidt nogal eens tot publicaties die sterk zijn beïnvloed door de soms toevallige kwesties die in de dagelijkse praktijk spelen. Het lijkt erop dat het slechts weinigen is gegeven om de grote normatieve vragen van deze tijd te stellen, hoewel het zonder meer noodzakelijk is dat ook deze vragen aan de orde worden gesteld. Dat geldt evenzeer voor vragen die gesteld worden bij de argumentatie die bijvoorbeeld is te vinden in arresten van de Hoge Raad, die verre van onfeilbaar is. Ook de formulering van rechtsoverwegingen kan vragen oproepen. Kritiek daarop is nuttig, en de Hoge Raad is in voorkomende gevallen bereid daar iets mee te doen, bijvoorbeeld door zijn rechtspraak te verduidelijken,<sup>15</sup> dan wel bij te stellen.<sup>16</sup>

In het verlengde van de vraagstelling, ligt de verantwoording daarvan. Daarbij draait het om de vraag *waarom* een bepaalde vraag wordt gesteld. In dat kader kan ook het *belang* van een mogelijk antwoord daarop aan de orde komen. Zeker voor fiscalisten is het niet vanzelfsprekend om de achtergrond van een onderzoeksvraag in bijvoorbeeld artikelen die in bekende periodieken verschijnen, expliciet te benoemen. Evenmin is het gebruikelijk om aandacht te besteden aan andere methodologische aspecten van een pu-

13 Vgl. Hans Tentje in het gedicht 'Al met al', opgenomen in de bundel: *Om en nabij*, Amsterdam: De Harmonie 2016, p. 5.

14 J.H. Nieuwenhuis, 'Berichten uit de dissertatiefabriek', *NTBR* 2002/8, p. 355.

15 Zie bijvoorbeeld: HR 21 april 2017, nr. 16/03669, *BNB* 2017/156 ("Anders dan naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2016, nr. 15/00194, (...), wel wordt aangenomen", r.o. 2.4.3), en HR 15 maart 2019, nr. 17/02551, *V-N* 2019/15.6, waarin de Hoge Raad overweegt: hoewel - kort gezegd - de verwijzingsopdracht "ook anders gelezen zou kunnen worden, heeft de Hoge Raad daarmee niet bedoeld af te wijken van bestendige rechtspraak over de informele kapitaalstorting" (r.o. 3.4).

16 L.J.A. Pieterse, 'Rechtspraak en literatuur' (Opinie), *NTFR* 2016/1008, p. 1-4 en M.W.C. Feteris, 'AB 100 jaar - Annotaties bij arresten van de Hoge Raad', *NTB* 2016/37, p. 285-286.

blicatie. Het is - buiten het kader van een proefschrift,<sup>17</sup> die vaak een methodologische verantwoording bevat - bepaald uitzonderlijk te noemen dat een auteur open is over het perspectief dat hij hanteert, dat wil zeggen op welke manier, op basis van welk beoordelingskader, de opgeworpen vraag wordt beantwoord. De auteur kan ook verschillende perspectieven hanteren, dat wil zeggen het onderwerp vanuit verschillende invalshoeken belichten (een vorm van perspectivisme of kubisme, termen die fijnproevers, en dat zijn de lezers van deze bundel beslist te noemen, wellicht zullen aanspreken).

Of een wetenschappelijke manier van werken per definitie vraagt om de toepassing van een methode, is een vraag die niet eenduidig valt te beantwoorden. De meeste onderzoekers of auteurs van bijvoorbeeld een beschouwing zullen - deels onbewust - een bepaalde werkwijze hanteren.<sup>18</sup> Aan publicaties zal dan ook over het algemeen een - meestal onuitgesproken - methode ten grondslag liggen.<sup>19</sup> Zo had Van der Heijden een intuïtief gevoel voor wat billijk was in het concrete geval. "Zijn gevoel wees hem de oplossing aan voor het probleem, zijn verstand de passende argumenten ter onderbouwing van deze oplossing. Kamphuizen noemde dit de 'retrograde methode' van Van der Heijden".<sup>20</sup> De aanpak (van het onderzoek) kan derhalve een denkmethode of denkhouding,<sup>21</sup> maar evenzeer een rechtsvindingstheorie zijn. De huidige maatstaven indiceren dat onderzoekers transparant zijn over de methode die zij gebruiken. Die moet adequaat worden verantwoord en wellicht ook invoelbaar zijn voor de lezer, en dat kan helpen bij de interpretatie van de uitkomsten van het onderzoek. Zoiets, een nadrukkelijke uitwerking van de gebruikte methode, kan ook teleurstellend of zelfs ontgoochelend zijn. Zo bekreep een recensent nog niet zo lang geleden het gevoel dat Murakami, een literaire wereldster, in zijn jongste roman "te expliciet een blik toestaat op zijn methode, die maar het best in nevelen gehuld kan blijven, zoals bij illusionisten".<sup>22</sup>

De omgang met bronnen - eveneens een kwaliteitsindicator - is in wezen ook een methodologische aangelegenheid. Het gebruik van bronnen,<sup>23</sup> de selectie daarvan,<sup>24</sup> de

---

17 Zie bijvoorbeeld: F.J. Elswier, *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1.6.1 ("In dit onderzoek maak ik van één rechtsvergelijkende methode gebruik").

18 Daarbij kunnen uiteenlopende technieken worden ingezet. Zo is het denkbaar dat iemand verschillende in de literatuur gebezigde argumenten op elkaar laat inwerken, in de hoop met deze 'collagetechniek' nieuwe inzichten op te doen.

19 De klassieke methoden zouden ertoe kunnen leiden dat lineaire denkpatronen ontstaan. Vgl. psycholoog Sarah Durston die te kennen geeft dat het zaak is veel meer te denken in termen van relaties, bijvoorbeeld tussen processen ('Wetenschap moet in relaties denken', *NRC Handelsblad* 6 januari 2018).

20 C.J.H. Jansen, 'Prof. mr. E.J.J. van der Heijden (1885-1941) in het licht van zijn tijd', in: G. van Solinge e.a. (red.), *50 jaar Van der Heijden Instituut (1966-2016)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 21.

21 Zie over het belang daarvan: H.C.F. Schoordijk, 'De jurist, zijn opleiding, zijn onderzoek, anno 2000', *NJB* 1998, afl. 22, p. 981, die meent dat het op universiteiten veelal niet gaat om wat gedoceerd wordt, als maar gedoceerd wordt met het oog op het verwerven van een methode van denken.

22 Auke Hulst, 'De magie van Murakami is nog niet weg', *NRC Handelsblad* 12 januari 2018.

23 Zie over uitgebalanceerd gebruik daarvan: M.V.R. Snel, *Meester(s) over bronnen. Een empirische studie naar kwaliteitseisen, gevaren en onderzoekstechnieken die betrekking hebben op het brongebruik in academisch juridisch-dogmatisch onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, par. 2.4 en p. 191, en - eveneens van zijn hand - 'Hoera, een lijstje! Over bronvermeldingen', *Ars Aequi* maart 2018, p. 254-260.

24 "(A)ls het gaat om citeren, (hebben juristen) de neiging om recentere literatuur te kiezen boven oudere", aldus W.H. van Boom, *Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onder-*

weergave van relevante publicaties, is onmisbaar voor kwalitatief goed werk. Een publicatie schiet tekort als materiaal dat van belang is, niet of in onvoldoende mate blijkt te zijn verwerkt, en de auteur inzichten van anderen niet in zijn argumentatie betreft. Die inzichten kunnen op verschillende manieren een plaats krijgen in de tekst. Zo kan aan het classicisme het beginsel worden ontleend “dat je, alvorens op de proppen te komen met je bewijsvoering, eerst alle argumenten van de wederpartij op een rij moet zetten, hoezeer je je ook in je recht voelt staan. Niet dat je tijdens het opstellen van die lijst naar de andere kant gaat overhellen; maar het opstellen zelf is een geweldig boeiende bezigheid. Misschien raak je uiteindelijk niet van je oorspronkelijke standpunt af, maar nadat je alle argumenten ten gunste van het kwaad heb doorgenomen, zul je de (eigen) standpunten (...) veeleer nostalgisch dan vurig verwoorden”.<sup>25</sup> Degene die zo te werk gaat, zal merken dat zijn eigen argumentatie doorleefder en misschien ook wel zachtmoediger wordt.

Het voorgaande wil niet zeggen dat methodologische verantwoording of methodologie in het algemeen de kwaliteit van het verrichte werk bepaalt. “Zij kan nooit of te nimmer bepalen wat inhoudelijk goed, interessant, veelbelovend of creatief onderzoek is”.<sup>26</sup> Methodologie is veeleer een randvoorwaarde of kernwaarde van rechtswetenschap; degene die publiceert zal deze en andere conventies of principes, zoals openheid, eerlijkheid, nauwgezetheid en dergelijke,<sup>27</sup> in acht moeten nemen. Dat gebeurt niet altijd. Sommige publicaties, in het bijzonder proefschriften, zijn het levende bewijs dat de onderzoeker eigenlijk niet heeft begrepen wat bijvoorbeeld het concept methode van onderzoek inhoudt, hoewel de bevindingen van het werk daardoor niet minder lezenswaardig behoeven te zijn.

De mate waarin een bijdrage vernieuwend is, dan wel boeiend, origineel<sup>28</sup> of creatief kan worden genoemd, wordt veelal een belangrijke graadmeter gevonden, en terecht. Creativiteit, om een graadmeter wat nader uit te werken, verwijst naar scheppingskracht, naar het doorbreken van de bestaande zienswijzen op de dingen.<sup>29</sup> Het creatieve denkvermogen kan worden aangewakkerd door te wandelen, zo blijkt uit onderzoek, zij het dat vaak ook stug doorploeteren een voorwaarde is om tot creatieve ideeën te komen. Voornoemde dimensies zijn medebepalend voor de kwaliteit en daarmee de waardering van een publicatie. Bij een opinieachtige tekst kan een nieuw argument of een nieuw, niet eerder geboden perspectief, voldoende zijn voor het predicaat vernieuwend. Een beschouwing zal in principe meer moeten bieden om als vernieuwend door het leven

zoek - een bespreking van Asser-Vranken Algemeen Deel\*\*\*\*, *NTBR* 2015/18, p. 129.

25 Aldus Joseph Brodsky, *Tussen iemand en niemand. Essays*, Amsterdam: De Bezige Bij 1987, p. 167.

26 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel \*\*\*\*. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 34.

27 Vgl. A.R. Bloembergen, ‘Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht’, in: O.W.M. Kamstra, F.B.M. Kunneman en C.W. Maris (red.), *Nederlandse rechtswetenschap. Tussen distantie en betrokkenheid: paradigma's in de twintigste eeuw*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 77.

28 En ja, ik weet het: originaliteit is een mythe. Architecten, cultuur en rechtsgeleerde opvattingen zijn gebaseerd op doorgeven. “De verering van originaliteit is enorm, hoewel bijna alles een kwestie van imitatie is - dat is de paradox van onze tijd”, aldus Reinier de Graaf - architect en partner bij een architectenbureau - in een vraaggesprek: ‘Ik ben blij dat ik gewoon ben’, *NRC Handelsblad* 12 januari 2018.

29 Vgl. Haruki Murakami, *Romanschrijver van beroep*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Atlas Contact 2019, p. 67.

te gaan, bijvoorbeeld een uitgewerkt voorstel om wetgeving te wijzigen, al dan niet ingegeven door (ervaringen met) een ander rechtstelsel. “Soms vind je iets, een wiskundige formule bijvoorbeeld, die zo mooi is dat het door je hele lichaam vibreert. Dat kan ik ook hebben als ik piano speel. Het is de zoektocht naar schoonheid, harmonie, inzicht”,<sup>30</sup> en dat zijn gewaarwordingen die niet zijn voorbehouden aan natuurkundigen. Maar een publicatie die een bepaalde ontwikkeling weet bloot te leggen, bijvoorbeeld van een leerstuk, kan ook nieuwe inzichten verschaffen. Het spreekt voor zich dat het om eigen ideeën moet gaan.<sup>31</sup> Ook in het juridische discours komen, vermoedelijk vooral onder belastingadviseurs, zogenoemde truffelvarkens voor, zoals een collega deze medemensens eens bijna liefkozend noemde: types die snuffelen in de oud-papierbakken van anderen, op zoek naar concepten die fijne analyses en misschien wel vonden bevatten, zoals belastingbesparende structuren, en dit materiaal op behendige wijze een plaats weten te geven in het eigen werk. Maar ‘roven’ vindt soms ook op andere manieren plaats; het komt een enkele keer voor - mijn archief bevat daarvan voorbeelden - dat een (ongepubliceerde) scriptie of een concept van een monografie, al dan niet bedoeld om als proefschrift te worden verdedigd, vrijmoedig wordt gebruikt, geplunderd dus, door degene die is geroepen commentaar op het geschrevene te leveren.

De toegankelijkheid van het werk, de mate waarin het geschrevene is te volgen, is eveneens een aspect (en indicatie) van kwaliteit. Dit aspect hangt samen met de structurering van het verhaal en de ordening van de materie.<sup>32</sup> Daarbij kan het gaan om een constructie vooraf, uitgewerkt op papier voordat het schrijven begint. Noodzakelijk is dat niet. Meestal bevindt “structuur (...) zich voortdurend in een ontwikkelingsproces. Je vindt haar al doende. Hoofdstuk voor hoofdstuk. (...) In feite vind je structuur soms pas halverwege of zelfs wanneer je bijna tegen het einde aan zit. Dat mag. Je moet erop vertrouwen dat ze uiteindelijk aan het licht komt en functioneel zal zijn”.<sup>33</sup> Dat gaat in het algemeen niet vanzelf, zo weet ook Murakami: “Door fysiek mijn handen te bewegen en zinnen te schrijven, die keer op keer te herlezen en minutieus te herschrijven, lukt het me uiteindelijk orde te scheppen in mijn hoofd en vat te krijgen op de inhoud (...)”.<sup>34</sup> En dat zal, zo mag worden aangenomen, doorwerken in de structurering van de stof. Maar er zijn ook auteurs die dag en nacht nergens anders aan denken dan aan de verhandeling die geschreven moet worden en die soms zonder het te weten dat al helemaal gereed hebben liggen in hun hoofd.<sup>35</sup> Of het vervolgens opschrijven daarvan niet veel meer is dan “het op een muur uitvoeren van een op ruitjespapier ontworpen

---

30 Aldus Michel Crucifix, die het ritme van de ijstijden heeft weten te verklaren (‘Het ritme van de ijstijden simpel verklaard’, *NRC Handelsblad* 27 februari 2017).

31 Een publicatie kan worden omschreven als een schepping van eigen hand, gevormd naar eigen inzicht, tot stand gebracht op eigen kracht. Vgl. Sander Kollaard, *Stadium IV*, Amsterdam: Uitgeverij Van Oorschot 2015, p. 16.

32 “Alleen in strakke vorm kan de menselijke ellende in toom gehouden en overstegen worden”, aldus Sanneke van Hassel, *Stille grond*, Amsterdam: De Bezige Bij 2017, p. 72.

33 Aldus Column McCann, *Brieven aan een jonge schrijver. Enkele praktische en filosofische adviezen*, Amsterdam: De Harmonie 2017, p. 62.

34 Haruki Murakami, *Romanschrijver van beroep*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Atlas Contact 2019, p. 253.

35 Vgl. W.F. Hermans, in: Freddy De Vree, *De aardigste man ter wereld*, Amsterdam: De Bezige Bij 2002, p. 102-103.



mozaïek”,<sup>36</sup> zoals Reve dat heeft uitgedrukt, is zeer de vraag,<sup>37</sup> en misschien wel een illusie: “vorm en inhoud zijn weliswaar *in abstracto* twee verschillende begrippen, maar ze vormen tegelijkertijd toch, *in concreto*, eenzelfde onlosmakelijke eenheid (...). De vorm ontstaat met de inhoud”.<sup>38</sup> Het betoog dat uiteindelijk ontstaat, is bij voorkeur zo opgebouwd, dat de lezer iets onontkoombars kan ervaren als luisterde hij naar “Bachs tweestemmige *Inventionen* voor piano. Elke noot staat daar op zijn plaats; er is niets wat je zou kunnen veranderen”,<sup>39</sup> om de ideale maatstaf aan te reiken, en wel in de vorm van een beeldspraak die onze bebundelde<sup>40</sup> zal aanspreken, gezien de muzikale klanken die zijn kamer op gezette tijden verlaten en het gehoor van collega’s weet te bereiken.

Op een ander - beslist niet lager - niveau hangt de toegankelijkheid van het geschrevene samen met de stijl van de auteur, zijn signatuur, dat wil onder meer zeggen de manier waarop hij dat éne woord kiest door er tienduizend over te slaan.<sup>41</sup> Met stijl doel ik “op de stem, dat onherleidbare en altijd herkenbare en levende iets”.<sup>42</sup> Die stem - de klankkleur, het ritme, de taalkundige wendingen - zal doorgaans niet van nature zijn gegeven. Om een eigen stem te vinden is veel oefening noodzakelijk en dat kost tijd, maar die zal niet zelden schaars zijn. Uiteraard kan een auteur die zijn stijl verder wil ontwikkelen te rade gaan bij bekende schrijvers. Vooral als de stijl van een schrijver goed is, “herkennen wij hem onmiddellijk als behorende bij die auteur en niet bij iemand anders, en zulks, wonderlijk genoeg, zonder dat wij die stijl ooit volledig kunnen analyseren”.<sup>43</sup> Daarmee wil tevens gezegd zijn dat stijl deels ongrijpbaar blijft en ook dat eigenlijk geen enkele schrijverseigenschap die in het juridische domein van pas komt, zoals overtuigingskracht, de gave van het vinden van geschikte vergelijkingen, snedigheid of ironie, kan worden verworven door het bij het lezen van goede voorbeelden te laten.

36 Brief van Gerard Reve aan Bert de Groot van 30 december 1978, opgenomen in: *Moedig voorwaarts. Brieven aan Bert en Netty de Groot 1974-1997*, Amsterdam | Antwerpen: Uitgeverij L.J. Veen 2007, p. 239.

37 “(...) als je eenmaal aan het schrijven bent, is het een en al beperkingen. Gebonden aan een onderwerp. Gebonden aan de opgave er iets zinnigs van te maken. (...) Als je vrijwel elke minuut aan je eigen beperkingen herinnerd wilt worden kun je geen betere bezigheid kiezen. (...) Je komt meer te weten over wat je mist dan goed voor je is. De omheining waaruit je probeert los te breken ben je zelf. En al die verplichtingen zijn des te wreder omdat je ze jezelf hebt opgelegd”, aldus Philip Roth in zijn roman: *Les in anatomie*, Amsterdam: Meulenhoff 1984, p. 166 (*The Anatomy Lesson* 1983, vertaald door Bartho Kriek).

38 Zie nogmaals de brief die in de vorige voetnoot is genoemd.

39 Aldus Steven Weinberg, opgetekend door Wim Kayzer, *Het boek van de schoonheid en de troost*, Amsterdam: Uitgeverij Contact 2000, p. 75.

40 De term ‘bebundelde’ is volgens mij in de wereld gebracht door Th. Groeneveld. Zie bijvoorbeeld een passage van hem die is te vinden in de bundel: *Draaicirkels van formeel belastingrecht* (Niessen-bundel), Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, p. 45.

41 “Maar deze tienduizend blijven zweven als modder in een glas vuil water. Kijkt men er boven in, dan verduisteren zij het neerslag dat op de bodem ligt. Ik zie wat ik geschreven heb alleen maar door de troebele mist van dat wat geen gestalte heeft aangenomen”, aldus W.F. Hermans, ‘Preamble’, opgenomen in: *Puranoia*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 2007, p. 11. De eerste druk van dit werk is in 1953 verschenen.

42 Zo vertelde de schrijfster Mary McCarthy in een interview, opgenomen in: *De ontdekking van de literatuur. The Paris Review interviews*, Amsterdam: De Bezige Bij 2007, p. 125.

43 Gerard Reve, *Zelf Schrijver Worden*, vierde druk, Amsterdam: De Bezige Bij 2011, p. 40. “De goede auteur”, aldus Reve, “doet daarbij iets dat wij nooit geheel kunnen voorspellen, maar dat toch op geheimzinnige wijze aan onze verwachtingen beantwoordt”.



De appreciatie van een stijl zal intuïtief zijn,<sup>44</sup> maar een vrijblijvende aangelegenheid is stijl niet. Sommige auteurs grossieren in lange zinnen of leveren ‘oesterachtig’ proza af, en dat vergt nogal wat van de lezer, vooral inspanning om de analyse van de auteur of de exacte portee van het gebodene te begrijpen. Ideaal is dat niet. De gedachte dat onleesbaarheid een voorwaarde is voor het wetenschappelijke gehalte van een publicatie, is volgens mij verlaten, als zij al ingang heeft gevonden, al menen sommigen dat een goed opstel zijn geheimen niet onmiddellijk behoeft prijs te geven. “De achilleshiel van de literatuur is moeite. Een Mondriaan, daar ga je gewoon voor staan. Mahler zet je op, ondertussen schildert hij het kastje van oma. Vestdijk (een romancier die veel publiceerde, zo voeg ik daaraan voor jeugdige lezers toe) vergt concentratie, tijd, afzondering”.<sup>45</sup> Concentratie, tijd, afzondering; het lijken woorden uit een verdwenen tijdperk, die voor vaardigheden staan die niet alleen lezers, maar ook auteurs zouden moeten beheersen. In dat kader is het van belang erop te wijzen dat een auteur zijn eigen lector leert te zijn, en in staat is zijn eigen teksten “als vreemde te beschouwen, te corrigeren, te herzien, in te korten, (en) om te bouwen (...)”.<sup>46</sup> Dat is een wezenlijk deel van het werk, ook voor rechtsgeleerde auteurs. “Schrijver en lector zijn twee verschillende persoonlijkheden. Ze wonen samen in één schrijvershoofd. De schrijver schrijft, de lector corrigeert”. Verder is het niet verkeerd het geschrevene gedurende enige tijd te laten rijpen: “Toen ik had besloten dat mijn boek af was, bracht ik het niet meteen naar mijn uitgever. Ik borg het manuscript op in een map en liet die map een dag of tien op mijn schrijftafel liggen, met het ietwat absurde idee dat er in het binnenste van de map nog een soort rijpingsproces zou kunnen plaatsvinden. De woorden die ik had geschreven, moesten nog even broeien”.<sup>47</sup> En dat proces kan ertoe leiden dat alsnog ingrepen in de tekst zullen plaatsvinden die kwaliteitsverhogend werken. Maar toegegeven moet worden dat daar niet altijd tijd voor is.

## 4 Tot besluit

In deze bijdrage zijn enkele bespiegelingen samengebracht over de kwaliteit van juridische publicaties. Zij zijn mede gebaseerd op inzichten ontleend aan degenen die zich op het terrein van de belletristiek hebben begeven. Over de kwaliteitsindicatoren die gelden dan wel zouden moeten gelden voor publicaties op rechtsgeleerd terrein, bestaat volgens mij nauwelijks consensus. Uiteindelijk zal de kwaliteit en daarmee de ‘uitknipbaarheid’ van een publicatie in niet onbelangrijke mate worden bepaald door subjectieve voorkeuren. Uit eigen ervaring weet ik dat Jan Struiksma, met wie ik de afgelopen jaren in verschillende hoedanigheden contact heb mogen hebben, een neus heeft voor kwaliteit. Dat is onder meer gebleken toen we samen een gecombineerde masterscriptie hebben begeleid. Daaraan bewaar ik goede herinneringen. Dat geldt ook voor zijn vanzelfsprekende aanwezigheid op de afdeling, en dat is iets om dankbaar voor te zijn.

44 Vgl. Frans Kellendonk, *Verzameld werk 2. Essays en artikelen*, Amsterdam / Antwerpen: Querido 2015, p. 538.

45 Peter Buwalda, *Verse probz*, Amsterdam / Antwerpen: De Bezige Bij 2016, p. 194.

46 Juli Zeh, *Briefroman. Over schrijven, literatuur en schrijverschap*, Amsterdam: Ambo | Anthos 2014, p. 106 (*Treideln* 2013, vertaald door Annemarie Vlaming).

47 Aldus Remco Campert, ‘Wat is af?’, opgenomen in de uitgave: *Compact. Gedichten, verhalen, columns*, Amsterdam: Uitgeverij Van Oorschot 2016, p. 307.

# De laatste stelling van Struiksma: over juridisch cyclisme

*Prof. mr. C.J. (Johan) Wolswinkel*

## 1 Stelling

Dogmatische rechtswetenschap ontwikkelt zich in de vorm van een empirische cyclus.

## 2 Bewijs

### 2.1 De laatste stelling van Fermat

Rond 1637 noteerde Pierre de Fermat, raadsheer bij het gerechtshof in Toulouse en tevens ‘amateur-wiskundige’, de volgende stelling in de kantlijn van de *Arithmetica* van Diofantus, een klassiek handboek over wiskundige vergelijkingen:

Voor  $n > 2$  bestaat er geen oplossing in gehele getallen  $a$ ,  $b$  en  $c$  voor de vergelijking  $a^n + b^n = c^n$

Voor een goed begrip van deze stelling van Fermat is het zinvol om terug te keren naar de stelling van Pythagoras. Die beweerde dat de zijden van een rechthoekige driehoek voldoen aan de vergelijking  $a^2 + b^2 = c^2$ . Ook indien wordt vereist dat de getallen  $a$ ,  $b$  en  $c$  gehele getallen zijn, heeft deze stelling van Pythagoras vele oplossingen. Fermat breidde deze stelling van Pythagoras uit door de macht 2 te vervangen door een willekeurige macht groter dan 2. Vervolgens deed hij over de resulterende vergelijking  $a^n + b^n = c^n$  de verstrekkende uitspraak dat hiervoor *nooit* een oplossing in gehele getallen bestaat, dus ongeacht de keuze van  $a$ ,  $b$ ,  $c$  en  $n$ . Daarmee blinkt deze ‘laatste stelling van Fermat’ niet alleen uit in eenvoud, maar ook in impact.

Wat deze laatste stelling van Fermat nog intrigerender maakt, is dat Pierre de Fermat in de kantlijn van zijn versie van de *Arithmetica* een uitdagende zin toevoegde die de wiskundige gemoederen vele eeuwen heeft bezig gehouden:

‘Ik heb een waarlijk spectaculair bewijs voor deze stelling gevonden, maar deze marge is te smal om het te bevatten.’

Vele pogingen om de laatste stelling van Fermat<sup>1</sup> te bewijzen bleven vruchteloos, totdat de Britse wiskundige Andrew Wiles in 1994 eindelijk erin slaagde om het definitieve bewijs van deze stelling te leveren.<sup>2</sup>

## 2.2 De stelling van Struiksmā

Vanwaar deze wiskundige inleiding? Zoals Pierre de Fermat (letterlijk) in de marge van een handboek over wiskundige vergelijkingen een fundamentele bijdrage heeft geleverd aan de getaltheorie binnen de wiskunde, zo heeft Jan Struiksmā in de marge van het debat over de aard van de rechtswetenschap zijn bijdrage hieraan aangeleverd met de - in eigen beheer uitgegeven - publicatie *Het geschil als spil. De empirische cyclus van de rechtswetenschap*.<sup>3</sup> De reden om dit werk van Struiksmā aan te merken als een bijdrage in de marge, betreft geen waardeoordeel over de inhoud hiervan, maar volgt uit de omstandigheid dat dit werk amper lijkt te zijn opgemerkt in het rechtswetenschappelijke debat.<sup>4</sup> Deze bijdrage beoogt daarom dit (vrijwel) onopgemerkte werk van Struiksmā opnieuw onder de aandacht te brengen en 'de laatste stelling van Struiksmā' over de empirische cyclus van de rechtswetenschap van een bewijs te voorzien.

Dat Struiksmā in *Het geschil als spil* daadwerkelijk een stelling en niet louter een vermoeden heeft geponeerd, blijkt duidelijk uit onderstaand citaat:

'Al deze soorten onderzoek kunnen niet anders worden verricht dan door het volgen van talloze mentale empirische cycli en ook deze kunnen in de vorm van de door De Groot beschreven structuur worden weergegeven. Ik zal deze bewering verduidelijken door deze structuur toe te passen op een fictief actueel rechtswetenschappelijk onderzoek, waarbij ik ook de toe te passen onderzoeksmethode vermeld. De kritiek zou kunnen zijn dat het voorbeeld zo is gekozen dat de structuur erop kan worden toegepast. Mijn verweer daarop is dat het voorbeeld weliswaar fictief is, maar wel van een heel gebruikelijke soort. Ook zou kunnen worden gesteld dat door het geven van één voorbeeld niet is bewezen dat de structuur op alle soorten rechtswetenschappelijk onderzoek toepasbaar is. Dat is op zich juist, maar de juistheid van de *stelling* is wel aannemelijk en voor falsificatie vatbaar [curs. CJW].'

De stelling van Struiksmā, hoewel ook door hemzelf niet met volledige precisie omschreven, laat zich als volgt weergeven: dogmatische rechtswetenschap ontwikkelt zich in de vorm van een empirische cyclus. Alvorens een poging tot bewijs van deze stelling te ondernemen, is het eerst van belang om de centrale begrippen uit de stelling scherp te definiëren (§ 3). Vervolgens wordt na een kort intermezzo (§ 4) een geschikte bewijsmethode vastgesteld (§ 5), waarna een eerste poging tot bewijs van deze stelling wordt ondernomen (§ 6).

---

1 Omdat dit het laatste vermoeden van Fermat was dat nog moest worden bewezen, wordt deze stelling aangeduid als de laatste stelling van Fermat (S. Singh, *Het laatste raadsel van Fermat*, Amsterdam: De Arbeiderspers, 1998, p. 92).

2 Het bewijs van Wiles omvat meer dan honderd pagina's, waardoor de vraag is of dit bewijs het 'waarlijk spectaculaire bewijs' van Fermat is.

3 J. Struiksmā, *Het geschil als spil. De empirische cyclus van de rechtswetenschap*, Zaandam 2012.

4 Het meest prominent komt het werk terug in eigen werk van Struiksmā. Zie J. Struiksmā, 'De wetenschappelijkheid van het Tijdschrift voor Bouwrecht', *TBR* 2014/90, afl. 6, p. 485-490.

## 2.3 Begripsmatige verkenning

Waar de *Arithmetica* van Diofantus voor Fermat de klassieker was in de marge waarvan hij zijn stelling poneerde, zo is het in 1961 voor het eerst verschenen standaardwerk *Methodologie. Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen* van hoogleraar psychologie Adriaan de Groot<sup>5</sup> het kader waarbinnen Struiksmas zijn gedachten in de marge formuleert. Aardig genoeg levert Struiksmas hierdoor ook anderszins een belangrijke bijdrage in de marge, namelijk door de dogmatische rechtswetenschap in de marge van de gedragswetenschappen te positioneren.

In navolging van De Groot stelt Struiksmas dat wetenschap erop is gericht om orde te scheppen in de werkelijkheid door middel van het vormen van een theorie: een systeem van logisch samenhangende, met name niet-strijdige, beweringen, opvattingen en begrippen betreffende een werkelijkheidsgebied, die zo zijn geformuleerd, dat het mogelijk is er toetsbare hypothesen uit af te leiden. De meeste wetenschappen brengen die ordening aan op basis van directe of indirecte waarnemingen. Tegenover deze empirische wetenschappen staan enkele niet-empirische wetenschappen, zoals de zuivere wiskunde en de filosofie, die zich bezig houden met logische reflecties die niet voortvloeien uit de waarneming van de werkelijkheid.<sup>6</sup>

Binnen de rechtswetenschap is de discipline van de dogmatische of doctrinaire rechtswetenschap, anders dan disciplines die het recht onderbrengen in historische, filosofische, economische en sociologische verbanden, gericht op de ordening van het recht als zodanig. Binnen die dogmatische rechtswetenschap worden verhoudingen en gedragingen gezien vanuit hun normatieve functioneren. Dit betekent dat een gedraging voor de rechtswetenschap uitsluitend interessant is in het licht van de verhouding waartoe zij aanleiding geeft of waaruit zij voortvloeit. Of die verbinding tussen gedraging en verhouding in concreto aanwezig is, moet blijken uit de beslechting van een geschil waarin deze verbinding ter discussie staat. Geschilbeslechting is volgens Struiksmas dus onontbeerlijk om juridische begrippen te ontwikkelen. Daarmee is geschilbeslechting zowel de belangrijkste bron van juridische begripsvorming als de uiteindelijke toetssteen hiervan.<sup>7</sup>

Vervolgens rijst de vraag of de in de dogmatische rechtswetenschap verzamelde begrippen, opvattingen en beweringen zodanig zijn geformuleerd dat hieruit toetsbare hypothesen kunnen worden afgeleid. Hier komt de empirische cyclus van de rechtswetenschap in beeld. In zijn *Methodologie* heeft De Groot een empirische cyclus onderscheiden die bestaat uit vijf fasen: observatie, inductie, deductie, toetsing en evaluatie.<sup>8</sup> Volgens Struiksmas doet deze empirische cyclus zich ook in het proces van theorievorming in de dogmatische rechtswetenschap voor. Hoewel Struiksmas in *Het geschil als spel* deze fasen specifiek voor rechtswetenschappelijk onderzoek beoogt te typeren, blijft deze typering naar mijn mening wat marginaal (wellicht omdat die zo geniaal is dat ik die amper

5 A.D. de Groot, *Methodologie. Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen*, Den Haag: Uitgeverij Mouton 1981 (elfde druk).

6 Struiksmas 2014, p. 486.

7 Struiksmas 2014, p. 486.

8 De Groot 1981, p. 29-34.

kan bevatten).<sup>9</sup> Om die reden is eerst wat begripsverheldering nodig, die kan worden verkregen door de typering van Struiksma te verbinden met de algemene typering van De Groot:

**1. Observatie.** Rechtswetenschappelijk onderzoek begint met het verzamelen van allerlei waarnemingen,<sup>10</sup> die aan de hand van gelijkenissen wat betreft verhoudingen en gedragingen kunnen worden gegroepeerd. De Groot vermeldt over deze eerste fase dat hier de vorming van hypothesen al gestalte krijgt zonder dat deze hypothesen al worden geformuleerd.<sup>11</sup>

**2. Inductie.** Op basis van zijn observatie formuleert de onderzoeker een begripsomschrijving die de in het geschil naar voren gebrachte feiten en omstandigheden dekt en die functioneert als hypothese. Onder een hypothese verstaat De Groot een veronderstelling over een regelmatigheid in of samenhang tussen bepaalde categorieën van de werkelijkheid, waaruit concrete voorspellingen zijn af te leiden. Daartegenover verstaat De Groot onder een theorie een systeem van begrippen en aannamen waaruit toetsbare hypothesen zijn af te leiden. Het verschil tussen theorie en hypothese is in dit verband gradueel: een hypothese heeft een meer enkelvoudig en een theorie een meer samengesteld karakter. Bovendien staat bij een hypothese het veronderstellende karakter over samenhang in de werkelijkheid meer op de voorgrond, terwijl een theorie ook kan worden gezien als een logisch systeem onder abstractie van empirische referenties.<sup>12</sup>

**3. Deductie.** Algemene hypothesen kunnen worden geconcretiseerd in concrete voorspellingen. Anders dan een hypothese is een voorspelling zodanig geformuleerd dat zij verifieerbaar is. Zo kan de hypothese ‘jongens zijn over het algemeen intelligenter dan meisjes’<sup>13</sup> worden vertaald naar een voorspelling waarbij intelligentie wordt bepaald aan de hand van de behaalde score bij een IQ-test.<sup>14</sup> In de context van de doctrinaire rechtswetenschap is de voorspelling volgens Struiksma dat de begripsomschrijving gelijksoortige feiten en omstandigheden in verschillende geschillen sluitend zal beschrijven.

**4. Toetsing.** Toetsing van een hypothese houdt in dat aan de hand van nieuw materiaal wordt nagegaan of de voorspelling al dan niet uitkomt. In de context van de rechtswetenschap betekent dit dat per nieuw geschil wordt onderzocht of aan de voorspelling wordt voldaan.

**5. Evaluatie.** Tot slot worden de uitkomsten van de toetsing in een breder verband geplaatst. In dit verband wordt beoordeeld of de hypothese en de onderliggende theorie al dan niet moeten worden aangepast, waarmee feitelijk nieuwe hypothesevorming plaatsvindt en dus de eerste fase van de empirische cyclus weer begint.<sup>15</sup> In de context

---

9 Struiksma 2012, p. 44-45. Wellicht was de marge van *Het geschil als spel* te smal om een uitgebreidere typering te geven.

10 Terwijl gedragingen rechtstreeks kunnen worden waargenomen, moet het bestaan van verhoudingen worden afgeleid uit feiten en omstandigheden.

11 De Groot 1981, p. 29-30.

12 De Groot 1981, p. 79-80.

13 Met de uitdrukking ‘in het algemeen’ bedoelt De Groot een statistisch verband tussen geslacht en intelligentie: niet iedere willekeurige jongen is intelligenter dan elk meisje (De Groot 1981, p. 76).

14 De Groot 1981, p. 76-78.

15 Struiksma 2012, p. 44, en Struiksma 2014, p. 486-487.

van rechtswetenschappelijk onderzoek betekent dit dat moet worden beoordeeld of de gekozen begripsomschrijving moet worden aangepast of in stand kan worden gelaten onder introductie van een verbijzonderende omschrijving.

Struiksmas wijst erop dat naarmate de theorie groeit, er meer soorten onderzoek mogelijk zijn. In het begin richt het werk zich op het omschrijven van begrippen zoals ze worden gebruikt in rechtsregels die door geschilbeslechtsers worden gevormd. In een later stadium zal de nadruk langzamerhand komen te liggen op het aanbrengen van samenhang tussen deze begripsomschrijvingen door ze onder te brengen in verzamelingen van gelijksoortige begrippen. Door het aanbrengen van deze samenhang worden niet alleen de begrippen geordend, maar ook de regels waarin de begrippen zijn toegepast. Bovendien kunnen uitspraken waarin de regels aan de orde zijn gekomen aan de hand van de theoretische samenhang worden geordend.<sup>16</sup>

## 2.4 Intermezzo: cyclische getallen en Fermat

Alvorens in te gaan op het bewijs van de stelling van Struiksmas, is het zaak te benadrukken dat de gelijkenis tussen Struiksmas en Fermat zich niet beperkt tot 'een bijdrage in de marge'. Opvallend genoeg bestaat ook een nauw verband tussen Fermat en het cyclische denken dat Struiksmas omarmt. In de getaltheorie is een cyclisch getal een geheel getal waarvoor cyclische permutaties (verplaatsingen van cijfervolgorde) veelvoud van dit getal zijn.<sup>17</sup> Het meest bekende voorbeeld van een cyclisch getal is 142857, dat de volgende veelvoud kent:<sup>18</sup>

$$\begin{aligned} 142857 \times 1 &= 142857 \\ 142857 \times 2 &= 285714 \\ 142857 \times 3 &= 428571 \\ 142857 \times 4 &= 571428 \\ 142857 \times 5 &= 714285 \\ 142857 \times 6 &= 857142 \\ 142857 \times 7 &= 999999 \end{aligned}$$

Het verband tussen cyclische getallen en Fermat is nauw, omdat cyclische getallen de vorm hebben van een zogeheten 'Fermat quotiënt':<sup>19</sup>

$$(b^{p-1}-1)/p$$

Het getal 142857 is bijvoorbeeld het Fermat quotiënt van  $b = 10$  en  $p = 7$ .

## 2.5 Een geschikte bewijsmethode

Terug naar de stelling van Struiksmas. Interessant aan de parallel met de zuivere wetenschap, waarvan de getaltheorie van Fermat onderdeel is, is dat Struiksmas de dogmatische rechtswetenschap in *Het geschil als spil* nadrukkelijk positioneert als een *empirische*

16 Struiksmas 2012, p. 45, en Struiksmas 2014, p. 487.

17 Zie M. Looijen, *Over getallen gesproken*, Zaltbommel: Van Haren Publishing 2016, p. 149.

18 Ook aan het cyclisme is de betekenis van het cyclische getal niet voorbijgegaan. Zie de wielerman *De kopgroep* van Mart Smeets (Atlas 1999).

19 In geval van een cyclisch getal geeft  $b$  het zogeheten grondtal weer (in een decimaal stelsel is het grondtal 10) en  $p$  een priemgetal waardoor niet kan worden gedeeld.

wetenschap. Daarmee plaatst Struiksma de doctrinaire rechtswetenschap nadrukkelijk tegenover de wiskunde, die immers geldt als *niet-empirische* wetenschap met strikte eisen voor het bewijs van een stelling.<sup>20</sup> Struiksma stelt dat gedragingen waarneembaar zijn, terwijl niet-waarneembare verhoudingen uit wel waarneembare feiten en omstandigheden kunnen worden afgeleid.<sup>21</sup> Gedragingen, feiten en omstandigheden vormen dus de data (gegevens) waarop het rechtswetenschappelijk onderzoek is gebaseerd.

Ondanks de empirische benadering van rechtswetenschappelijk onderzoek, lijkt Struiksma echter op twee gedachten te blijven hinken. Die ambiguïteit blijkt uit het volgende citaat:

‘Uiteraard is de theorie niet losgezongen van de werkelijkheid van geschilbeslechting en regelgeving: oplossingen moeten zowel in de theorie passen als ook in overeenstemming zijn met die werkelijkheid. Overigens geldt die laatste eis slechts in beginsel, omdat een theoretische oplossing het begin kan vormen voor een nieuwe benadering in geschilbeslechting en regelgeving.’<sup>22</sup>

Waar de empirische cyclus van rechtswetenschap meebrengt dat de theorie (in de vorm van voorspellingen) kan en moet worden getoetst aan juridische geschillen die in de praktijk op een bepaalde wijze worden beslecht, leidt een mismatch tussen theorie en waarneming (het beslechte geschil) bij Struiksma niet noodzakelijk tot aanpassing van de theorie. Volgens hem moeten oplossingen namelijk zowel in de theorie passen als ook in overeenstemming zijn met de werkelijkheid. De vraag is of Struiksma zelf hiermee het empirische karakter van de rechtswetenschap niet teveel relativeert. Uitgaande van het door Struiksma omarmde uitgangspunt van falsificatie, zou een waarneming die niet in overeenstemming is met de theorie, moeten leiden tot aanpassing van de theorie (tenzij bij nader inzien blijkt dat de waarneming niet deugdelijk is).<sup>23</sup> Struiksma lijkt echter de mogelijkheid te willen openhouden dat een theorie wordt gehandhaafd ondanks een waarneming die daarmee strijdig is. Daarvoor is dan noodzakelijk dat voor de rechtswetenschap wordt gespecificeerd wanneer een waarneming ondeugdelijk is. Het enkele feit dat een waarneming niet in overeenstemming is met de theorie, is daarvoor uiteraard onvoldoende, want anders resteert een vicieuze cirkel waarbij voor de theorie onwelgevallige waarnemingen eenvoudig terzijde kunnen worden geschoven.

Vanwege deze ‘losse eindjes’ van de stelling is het op voorhand lastig om de geschikte bewijsmethode te bepalen. Struiksma zelf kiest ervoor om de aannemelijkheid van zijn *stelling* over de empirische cyclus van de rechtswetenschap te ‘bewijzen’ door middel van een voorbeeld, namelijk een fictief rechtswetenschappelijk onderzoek over de toepassing van privaatrechtelijke bevoegdheden door overheidslichamen. Hij erkent direct dat een dergelijk voorbeeld nog geen definitief bewijs vormt voor de stelling dat dogmatische rechtswetenschap zich ontwikkelt als een empirische cyclus. Omgekeerd geldt uiteraard wel dat het voorbeeld van Struiksma tegenbewijs kan vormen voor de omgekeerde stel-

---

20 Zie over het absolute bewijs van de wiskunde tegenover het ‘wispelturige’ bewijs van de natuurkunde: Singh 1998, p. 42-44.

21 Struiksma 2014, p. 486.

22 Struiksma 2012, p. 45.

23 Een mooi voorbeeld uit de natuurkunde betrof het experiment dat neutrino’s sneller zouden reizen dan de lichtsnelheid. Later bleek dat de meetapparatuur niet optimaal had gefunctioneerd. Zie <<https://nos.nl/artikel/344129-fout-ontdekt-in-neutrino-proef.html>>.

ling, namelijk dat dogmatische rechtswetenschap zich *nooit* in de vorm van een empirische cyclus ontwikkelt.

## 2.6 Een (tegen)voorbeeld

De stelling van Fermat is buitengewoon verstrekkend, omdat zij stelt dat nergens in het universum gehele getallen zijn die voldoen aan de genoemde vergelijking. Met één enkel tegenvoorbeeld zou de juistheid van deze stelling kunnen worden ondergraven. In de geschiedenis van de stelling van Fermat zijn dergelijke tegenvoorbeelden, al dan niet bij wijze van grap, daadwerkelijk gepresenteerd,<sup>24</sup> maar uiteindelijk bleek geen enkel voorbeeld de juistheid van de stelling te kunnen ontkrachten. Daarmee was de stelling van Fermat echter nog niet bewezen.

Als eerste stap om de juistheid van de stelling van Struiksma nader te analyseren, is het daarom zaak te beginnen met een willekeurig, maar niet-fictief voorbeeld van dogmatisch rechtswetenschappelijk onderzoek. Het *fictieve* karakter van het door Struiksma aangedragen voorbeeld draagt namelijk niet bij aan het aannemelijk achten van een stelling over het *empirische* karakter van de rechtswetenschap. Om aan het verwijt te ontkomen dat mijn voorbeeld bewust is gekozen in de ene of de andere richting, neem ik daarom mijn eigen (dogmatische) promotieonderzoek naar de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten tot uitgangspunt.<sup>25</sup> Wanneer dit voorbeeld als tegenvoorbeeld fungeert, dan is de stelling van Struiksma daarmee verworpen. Wanneer het voorbeeld daarentegen in overeenstemming is met de stelling van Struiksma, dan is de juistheid van die stelling weliswaar niet bewezen, maar hooguit iets verder aannemelijk gemaakt.<sup>26</sup>

Mijn promotieonderzoek naar de verdeling van schaarse rechten door de overheid richtte zich op de vraag welke eisen uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kunnen worden gesteld aan de verdeling van schaarse rechten door de overheid.<sup>27</sup> In mijn proefschrift typeer ik de gehanteerde onderzoeksmethode als volgt:

‘De gevolgde methode in dit onderzoek kan als empirisch-normatief worden aangemerkt. De verdelingstheorie verschaft in dit verband een normatief argument om een bepaalde regel van verdelingsrecht aan te merken als een algemene regel van verdelingsrecht die van toepassing is op *elke* verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Bijzondere regels van verdelingsrecht vormen hierbij het empirische materiaal voor de ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht. Deze bijzondere regels van verdelingsrecht kunnen bestaan uit regels die in bijzondere wetgeving zijn neergelegd of uit regels die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld voor de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht. [...] Uit bijzondere regels van verdelingsrecht kunnen echter in zichzelf geen algemene regels van verdelingsrecht worden afgeleid, *tenzij* een overkoepelend rechtsbeginsel aan deze bijzondere regel van verdelingsrecht ten grondslag wordt gelegd, waar-

24 Zie Singh 1998, p. 296-299.

25 C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013. Voor de volledigheid vermeld ik wel dat ik op pagina 52 van mijn proefschrift in voetnoot 110 verwijs naar Struiksma 2012.

26 In het werk van Struiksma is ook de figuur van de schaarse rechten niet onbekend. Zie J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, ‘Schaarse rechten en het ruimtelijk beleid’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 115-132.

27 Wolswinkel 2013, p. 33.



door deze regel ook als algemene regel van verdelingsrecht kan worden aangemerkt. De betekenis van het bijzondere verdelingsrecht is daarom vooral *illustrerend* en *initieënd* van aard: een bijzondere regel van verdelingsrecht kan het vertrekpunt vormen voor de ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht.<sup>28</sup>

Volgt dit rechtswetenschappelijke onderzoek naar de verdeling van schaarse rechten de empirische cyclus zoals door Struiksma is beschreven? Vertrekpunt voor mijn onderzoek is het vermoeden geweest dat de verlening van een bepaald type vergunningen aan zwaardere eisen is onderworpen dan de verlening van andere vergunningen. Dit type vergunningen heeft gemeenschappelijk dat het aantal te verlenen vergunningen op voorhand beperkt is tot een maximum, waardoor het bestuur niet aan elke aanvrager die aan de criteria voor vergunningverlening voldoet, daadwerkelijk een vergunning kan verlenen.

Als het gaat om de eerste cyclus van rechtswetenschappelijk onderzoek, dan is het allereerst zaak om dit type vergunningen van een adequate begripsomschrijving te voorzien. In het verleden werd in dit verband de term 'gelimiteerde vergunningstelsels' gehanteerd,<sup>29</sup> maar inmiddels is het begrip 'schaarse vergunning' hiervoor in de plaats gekomen, aanvankelijk in de literatuur en sinds kort ook in de jurisprudentie.<sup>30</sup> Vergunningen worden in dit verband schaars genoemd als het aantal aanvragers groter is dan het aantal beschikbare vergunningen.<sup>31</sup> Daarmee ontstaat direct een terminologische moeilijkheid, omdat het begrip 'schaarse vergunning' - anders dan het begrip 'gelimiteerd vergunningstelsel' - zich niet beperkt tot het begrensde aanbod, maar een verband legt tussen vraag en aanbod. Deze vraag heeft zich echter nog niet gemanifesteerd op het moment dat het aantal te verlenen vergunningen wordt beperkt. De eerste cyclus van rechtswetenschappelijk onderzoek bestaat dus uit het ontwikkelen van een begrip dat de lading van de onderzochte vergunningstelsels adequaat dekt.<sup>32</sup> Een begrip in de dogmatische rechtswetenschap heeft echter geen onderscheidende betekenis als hieraan geen juridische consequenties worden verbonden. Als op de verdeling van schaarse vergunningen dus dezelfde regels van toepassing zijn als op de verlening van andere vergunningen, heeft de begripsvorming rond schaarse vergunningen geen zin. De eerste cyclus van begripsomschrijving wordt dus direct gevolgd door het verbinden van regels aan het begrip 'schaarse vergunning'.

**Observatie.** Allereerst moet onderzoeksmateriaal worden verzameld dat betrekking heeft op de verdeling van schaarse vergunningen. Omdat het begrip 'schaarse vergunning' nog vrijwel niet is ingeburgerd in wetgeving en jurisprudentie, moeten via alternatieve zoektermen relevante jurisprudentie en wetgeving in kaart worden gebracht die juridische normen voor de verdeling van schaarse vergunningen bevatten. Langzaamaan

---

28 Wolswinkel 2013, p. 51-52.

29 Zie G.P. Kleijn, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel en gelimiteerde vergunningstelsels', *Gst.* 1988, afl. 6850, p. 73-78.

30 Zie in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters: CBb 3 juni 2009, *AB* 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel (speelautomatenhal Den Haag) en ABRvS 2 november 2016, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (speelautomatenhal Vlaardingen).

31 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

32 De Groot 1981, p. 39, spreekt in dit verband over de vrijheid van begripsvorming.

krijgt de gedachte vorm dat schaarse vergunningen inderdaad aan andere juridische normen worden onderworpen dan niet-schaarse vergunningen.

**Inductie.** Het verzamelde onderzoeksmateriaal leidt tot de formulering van een theorie en hieruit voortvloeiende hypothesen. In mijn proefschrift heb ik niet met zoveel woorden een theorie geformuleerd, maar die theorie zou als volgt kunnen luiden: aan de verdeling van schaarse vergunningen worden zwaardere<sup>33</sup> eisen gesteld dan aan de verlening van niet-schaarse vergunningen. Die theorie kan worden uitgewerkt in een aantal hypothesen, bijvoorbeeld over een toereikende aankondiging van de verdeling (transparantie ex ante), de looptijd van de vergunning en tussentijdse wijziging van schaarse vergunningen.

**Deductie.** De hypothese moet weer worden vertaald naar een concrete voorspelling. Voor de hypothese over de looptijd van een schaarse vergunning kan de voorspelling worden geformuleerd dat een schaarse vergunning niet voor onbepaalde tijd mag worden verleend.<sup>34</sup> Verder kan de voorspelling worden geformuleerd dat een verdeling niet enkel op een gemeentelijke website kan worden aangekondigd indien de schaarse vergunning een duidelijk grensoverschrijdend belang vertegenwoordigt. Deze voorspelling vloeit voort uit de algemene hypothese dat een verdeling van schaarse vergunningen toereikend moet worden aangekondigd zodat alle potentiële aanvragers op de hoogte kunnen zijn van deze aanstaande verdeling en eventueel een aanvraag kunnen indienen.<sup>35</sup>

**Toetsing.** In de fase van toetsing moet per nieuw geschil worden onderzocht of wordt voldaan aan de voorspelling die uit de hypothese voortvloeit. Indien aan de voorspelling wordt voldaan, dan blijven de hypothese en de theorie overeind staan. Steun voor de theorievorming in mijn promotieonderzoek vind ik onder meer in de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen*.<sup>36</sup> In deze zaak heeft de Afdeling een algemeen kader voor het creëren van mededingingsruimte bij de verdeling van schaarse vergunningen ontwikkeld. Allereerst heeft de Afdeling uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen, de rechtsnorm afgeleid dat het bestuur bij de verdeling van schaarse vergunningen op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet bieden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Verder heeft de Afdeling uit het materiële gelijkheidsbeginsel de rechtsnorm afgeleid dat een schaarse vergunning in beginsel niet voor onbepaalde tijd wordt verleend. Tot slot heeft de Afdeling uit de eerste rechtsnorm afgeleid dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Problematisch aan *speelautomatenhal Vlaardingen* is echter dat de Afdeling in deze uitspraak de (uitgebreide) conclusie van een staatsraad advocaat-generaal heeft gevolgd, die zich op zijn beurt mede heeft gebaseerd op de reeds verschenen literatuur over schaarse vergunningen.<sup>37</sup> Hierdoor ontstaat een cyclische beweging: juist omdat de Afdeling de advocaat-generaal volgt en zich daarmee ook indirect baseert op de reeds

33 Hier zou ook kunnen worden volstaan met de aanduiding 'andere eisen', maar 'zwaardere eisen' drukt de verhouding tussen beide typen vergunningen beter uit.

34 Wolswinkel 2013, p. 275.

35 Wolswinkel 2013, p. 349.

36 ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*).

37 Conclusie AG Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

ontwikkelde theorie, komt de praktijk van geschilbeslechting uiteindelijk overeen met die theorie. Tegelijk zijn er nieuwe geschillen waarbij de voorspelling niet zonder meer uitkomt. Zo heeft de Afdeling in *havenbedrijf Amsterdam* overwogen dat een vergunning voor het oprichten van een bouwwerk van een windturbine op gronden ook in privaatsigendom zich in beginsel niet leent voor de toepassing van de eis dat een schaarse vergunning alleen tijdelijk wordt verleend.<sup>38</sup> Een ander 'tegenvoorbeeld' betreft de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Sporting Exchange*.<sup>39</sup> Dit arrest is vaak aangegegrepen om te laten zien dat de Unierechtelijke transparantieplichting van toepassing is op de verdeling van schaarse vergunningen.<sup>40</sup> In het arrest spreekt het Hof echter nergens over schaarse vergunningen, maar enkel over een 'exclusieve vergunning' en een 'éénvergunningstelsel', dus over vergunningstelsels waarbij het beschikbare aantal is beperkt tot één vergunning. Zelfs als er goede redenen zijn om de transparantieplichting ook te laten gelden voor andere schaarse vergunningen, valt op dat de legitieme uitzonderingen die het Hof van Justitie toestaat op de transparantieplichting, specifiek samenhangen met het exclusieve karakter van de vergunning.

**Evaluatie.** Tot slot is de vraag wat de uitkomst van de toetsing in bredere zin impliceert voor de gevormde theorie over schaarse vergunningen. Zo kan *havenbedrijf Amsterdam* worden beschouwd als een correctie op de theorie over de beperkte looptijd van schaarse vergunningen, hoewel ook nog kan worden betoogd dat een (schaarse) vergunning voor een aflopende activiteit als het oprichten van een windturbine naar haar aard eindig is, zodat de theorie geen aanpassing behoeft.<sup>41</sup> Evenzo werpt het arrest *Sporting Exchange* de vraag op of een nadrukkelijker onderscheid tussen éénvergunningstelsels en andere gelimiteerde vergunningstelsels noodzakelijk is.<sup>42</sup> Dit zou betekenen dat het overkoepelende begrip 'schaarse vergunning' zou moeten worden verlaten ten gunste van een tweedeling tussen 'exclusieve vergunning' en 'speciale vergunning'.<sup>43</sup> Sowieso laat de recente rechtsonwikkeling (of -stilstand) zien dat theorie en praktijk moeite hebben om het begrip 'schaarse rechten' in het ruimtelijk bestuursrecht toe te passen.<sup>44</sup> Dat de eerstvolgende cyclus omtrent de theorievorming van schaarse rechten zich uiterekend in dit voor Struiksma zeer vertrouwde rechtsterrein lijkt te voltrekken,<sup>45</sup> kan geen toeval zijn.

Uit dit niet-fictieve voorbeeld van dogmatisch rechtswetenschappelijk onderzoek kan geen tegenbewijs worden afgeleid voor de stelling van Struiksma. Integendeel, de aannemelijkheid van zijn stelling is in stand gelaten en mogelijk zelfs iets versterkt. Daarmee is de stelling van Struiksma nog niet bewezen. Sterker nog: de stelling laat zich niet bewijzen. Hier doet zich het probleem voor dat het doorlopen van een empirische cyclus

---

38 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2333 (*havenbedrijf Amsterdam*), r.o. 14.

39 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307.

40 Zie ook Wolswinkel 2013, p. 338.

41 C.J. Wolswinkel, 'Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsonwikkeling', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018-3, p. 117.

42 R.J.G. Wildemors & C.J. Wolswinkel, 'Inbesteding bij schaarse vergunningen? Institutionele excepties op de transparantieplichting', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2019-3/4, p. 125.

43 Dit onderscheid correspondeert met het onderscheid tussen uitsluitende en bijzondere rechten in art. 106 VWEU.

44 Zo ben ik in afwijking van Struiksma & Dieperink 2011, p. 122, van mening dat het realisatierecht krachtens het bestemmingsplan wel schaars kan zijn (zie Wolswinkel 2018, p. 113).

45 Zie ABRvS 19 december 2018, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel (*windpark Zeewolde*).

niet alleen descriptief kan beschrijven hoe wetenschappelijk onderzoek *kan* verlopen, maar ook normatief kan voorschrijven hoe wetenschappelijk onderzoek *moet* verlopen. Wanneer een onderzoeker niet de empirische cyclus van Struiksmā doorloopt, is de stelling van Struiksmā daarmee gefalsificeerd? Of heeft de onderzoeker in dat geval geen rechtswetenschappelijk onderzoek bedreven? Als de onderzoeker zijn theorie in stand laat ondanks dat de beslechting van een juridisch geschil niet in overeenstemming is met de hypothese, wordt de voorgeschreven empirische cyclus daarmee doorbroken? Anders gezegd, het normatieve karakter van de empirische cyclus kan meebrengen dat deze cyclus niet zozeer voorschrijft hoe rechtswetenschappelijk onderzoek verloopt als wel hoe rechtswetenschappelijk onderzoek zou moeten verlopen.

### **3 Slot: de wet van Struiksmā**

Het verhaal van de stelling van Struiksmā laat zien dat het verschil tussen de wiskunde en de rechtswetenschap wel meevalt. Toch lijkt de conclusie wat onbevredigend: het is (vooralsnog) onmogelijk om de stelling van Struiksmā te bewijzen. Wanneer wij ons echter herinneren dat vele wiskundigen eeuwen bezig zijn geweest om de stelling van Fermat te bewijzen en uiteindelijk toch in hun missie zijn geslaagd, dan is er minder reden tot pessimisme. Totdat het moment aanbreekt dat het definitieve bewijs voor de stelling van Struiksmā wordt geleverd, past het wellicht meer om te spreken over de wet van Struiksmā. Niet alleen wordt met dit voor juristen vertrouwde begrip Jan Struiksmā als rechtswetenschappelijk onderzoeker meer recht gedaan, maar ook geeft dit begrip aan dat het inzicht van Struiksmā over de empirische cyclus voor de gehele rechtswetenschap van enorme waarde kan zijn. Zijn inzicht verdient dus een positie buiten de marge. Al is het maar de vraag of het bewijs voor de stelling van Struiksmā ooit zal worden geleverd, want een cyclus is immers oneindig...

*QED*



# Iets over rechtsgeleerd onderwijs

Prof. mr. S.E. (Sjoerd) Zijlstra

## 1 Inleiding

Met grote bewondering heb ik gadegeslagen hoe Jan Struiksma zich de laatste twee decennia van zijn academische loopbaan heeft ontwikkeld, ja, zich als het ware een aantal malen opnieuw heeft uitgevonden.

Toen ik hem leerde kennen was hij een gekend specialist op het gebied van het ruimtelijk-orderingsrecht, samen met de andere deelnemers van het illustere gezelschap 'De Kleine Kaart' een niet weg te denken machtsfactor in wetenschap en praktijk. Dit gevoegd bij het feit dat het RO-recht hét dominante deelterrein van het bestuursrecht was, waar nieuwe rechtsfiguren (plannen, convenanten, toezicht, handhaving) werden uitgevonden en juridisch gepositioneerd, en we kunnen hem aanmerken als de bestuursrechtelijk 'te kloppen man', zoals dat in welertermen heet.

Maar als hij begaande paden moet aflopen verveelt Jan Struiksma zich snel, hét kenmerk van de ware intellectueel. Hij stortte zich op het onderwijsbeleid: als bestuurder (portefeuillehouder onderwijs in het faculteitsbestuur, voorzitter examencommissie), maar steeds vanuit een wetenschappelijke grondhouding. Zo verdiepte hij zich in de wetenschappelijke veronderstellingen van het toetsen, en wat dat voor onze manier van tentamineren zou moeten betekenen. Maar hij schreef ook over normenlogica.<sup>1</sup>

Wéér later zetten hij de logische vervolgstap: wat is rechtsgeleerd onderwijs eigenlijk? Wat is onze methode? Wat is recht? Immers, wie pretendeert een wetenschappelijke opleiding in de rechtsgeleerdheid te verzorgen, dient zich steeds af te vragen wat dan dat recht is. Het boekje *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap*<sup>2</sup> vormt de neerslag van dat denkwerk.

In *Het geschil als spil* presenteert Struiksma een theorie over object en methode van rechtswetenschappelijk onderzoek. Hij trekt een optimistische conclusie; het is mogelijk om een theorie van recht te ontwikkelen die als basis dient voor het juridisch onderwijs.

Hoewel hij zijn theorie met een - aansprekend - voorbeeld illustreert, werkt hij niet verder uit wat zij concreet betekent voor het rechtsgeleerd onderwijs. Hieronder probeer ik dat wel te doen. Voortbouwend op zijn theorie, zal ik proberen te laten zien waartoe zij leidt, waarbij ik mij niet zal beperken tot het onderwijs, maar ook nog iets zal zeggen over het onderzoek. Eerst (§ 2) geef ik Struiksma's theorie beknopt weer. Om te kunnen

---

1 J. Struiksma & A.R. Neerhof, 'Weinig kans voor zorgplichten in bestuursrechtelijke wetgeving', in: C.E.C. Jansen & J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2011 p. 63-77.

2 Zaandam: Jan Struiksma 2012 (hierna: *Het geschil als spil*).

bezien hoe deze theorie in ons onderwijs handen en voeten zou moeten krijgen, moet ik eerst bespreken waartoe wij onze studenten opleiden (§ 3). Vervolgens kom ik tot de kern: wat betekent dit voor ons onderwijs (§ 4), onderzoek (§ 5) en het onderricht in onderzoek (§ 6)?

## 2 De theorie van Het geschil als spil

Het voert te ver om *Het geschil als spil* van kaft tot kaft te bespreken. Ik raad het iedere zichzelf respecterende rechtswetenschapper aan het te lezen.

Een groot deel van het boekje behandelt de wijze waarop een geschilbeslechter tot zijn oordeel komt, eerst, als er nog geen enkele uitspraak is (de ‘nul-situatie’) uitsluitend op basis van een rechtvaardigheidsgevoel, later, als zich meerdere vergelijkbare gevallen hebben voorgedaan, op basis van ordening en begripsvorming van die eerdere uitspraken. Het komt mij voor dat dit een theoretisch model is, niet onvergelijkbaar met de theorie van de natuurstaat en het sociaal contract, maar ik ben er niet zeker van dat Struiksmā het niet als een historische werkelijkheid beschouwt.<sup>3</sup>

Zoals een geschilbeslechter zijn uitspraken ordent en van een begrippenkader en beslisseregels voorziet, zo kan een rechtswetenschapper die uitspraken ook ordenen, en op basis van dat onderzoek in beeld brengen wat de geschilbeslechter doet. Struiksmā laat zien dat deze vorm van wetenschapsbeoefening primair plaatsvond in het kader van wat wij nu onderwijsgebonden onderzoek zouden noemen (onderzoek dat wordt gedaan om onderwijs te kunnen geven). Er ontstaat een wisselwerking tussen theorie en praktijk, omdat geschilbeslechters kennis nemen van deze ordening, en hun beslissingen daarmee systematischer gaan nemen. Die systematisering is weer aanleiding tot verdere systematisering in het onderzoek.

Rechtswetenschappelijk onderzoek brengt dus op een gesystematiseerde manier in beeld wat een geschilbeslechter doet. Geheel terecht merkt Struiksmā op, dat dit onderzoek geen voorspellende waarde heeft: het kan alleen een theorie vormen en toetsen over wat de geschilbeslechter *doet*, niet wat hij in een voorkomend geval *zal doen*.

Hoewel dit alles mij overtuigend voorkomt, mist er een essentieel element, zonder welke er geen sprake kan zijn van rechtswetenschappelijk onderzoek, en dat ons tegelijk zo kwetsbaar maakt voor kritiek op onze methodologie: de normativiteit van onze methode. Laat ik dat illustreren aan de hand van een voorbeeld dat Struiksmā zelf geeft: onderzoek over de jurisprudentie met betrekking tot overeenkomsten met de overheid, en in hoe-verre de rechter die aanvaardbaar acht. Kort gezegd komt zijn schets van dat onderzoek op het volgende neer. De onderzoeker vormt een hypothese dat er systematiek kan worden gebracht in de rechtspraak over de aanvaardbaarheid van overheidsovereenkomsten. Deze hypothese kan worden getoetst op basis van de beschikbare jurisprudentie, die kan worden geanalyseerd en geordend, en waarin een lijn kan worden getrokken over hoe de rechter deze vraag beantwoordt. Volgens Struiksmā kan dit onderzoek ‘als uitgangspunt het arrest-Windmill nemen. Het daarin gegeven kader is een soort kapstok.’<sup>4</sup> Maar dat

---

3 *Het geschil als spil*, p. 40: ‘Een beschrijving vanuit de historische nulsituatie laat zien...’

4 Idem, p. 47-48.

gaat dus niet. Een dergelijke ordening is alleen mogelijk binnen het normatieve kader dat het recht zelf verschaft. Waarom niet een arrest uit 1950 genomen? Omdat Windmill van later datum is, en bij interpretatie van rechtspraak, latere uitspraken in beginsel vóór eerdere gaan. En als de onderzoeker twaalf rechtbankuitspraken tegenkomt die afwijken van de laten we zeggen elf arresten van de HR in de lijn van Windmill? Dan laten we die laatste vóórgaan, want in ons rechtssysteem gaan hogere uitspraken vóór lagere. Ik vermoed dat Struiksmā dit alles zó evident vindt, dat hij er geen aandacht aan heeft willen besteden, maar het zou een niet-jurist die wil weten 'hoe wij het doen' wel op het verkeerde been kunnen zetten. En het is nu juist de buitenwacht die wij zo moeilijk kunnen overtuigen van de methodologie van ons onderzoek, omdat het recht in de hier bedoelde zin volledig zelfreferentieel is. Wij ordenen en beschrijven niet op basis van hoe de werkelijkheid zich aan ons presenteert, maar - mede - op basis van hoe die werkelijkheid zich aan ons volgens ons systeem behóórt te presenteren.

In dat licht ook nog het volgende. Als gezegd wijst Struiksmā erop dat rechtswetenschappelijk onderzoek geen voorspellende waarde heeft. Dat is juist, maar hier wordt wel een kans gemist. Het onderzoek kan dan weliswaar niet voorspellen wat een rechter zal doen in een concreet geschil, maar kan wel een (*normatieve*) uitspraak doen over wat de rechter, gegeven de uitkomsten van het onderzoek, *zou behoren* te doen. Maar opnieuw: daarvoor is het systeem van het recht (als normatief kader) onmisbaar.

In het eerder genoemde voorbeeld van de overheidsovereenkomst zou uitkomst van het wetenschappelijk onderzoek op basis van de Windmill-jurisprudentie met inachtneming van *het systeem van het recht* (lagere rechters dienen hogere te volgen) kunnen zijn dat de rechter in een vergelijkbaar geval overeenkomstig de Windmill-jurisprudentie behoort te beslissen.

De wetenschappelijke kracht van deze uitkomst (normatieve voorspelling) neemt natuurlijk af naarmate er (nog) geen beslisregels zijn.

Struiksmā haalt een door Vranken<sup>5</sup> naar voren gebracht voorbeeld aan van het opleggen van een dwangsom aan een draagmoeder die 'wanpresteert'. De geschilbeslechter die dit moet beoordelen, heeft daarvoor nog geen rechtstreeks toepasbare wetgeving of jurisprudentie. Dat is juist, maar er zijn wel rechtsnormen die naar analogie, of vanuit hun plaats in de rechtsorde, kunnen worden toegepast. De uitkomst moge niet vast staan, het is aan de onderzoeker om, *binnen het systeem van het recht* (waar grondrechten een belangrijke rol spelen) met zo overtuigend mogelijke argumenten voor een bepaalde beslissing te komen.

Ten slotte kan het wetenschappelijk onderzoek ook een uitspraak opleveren over de *juistheid* van de uitspraak, maar opnieuw alleen met behulp van *het systeem van het recht*.

Doet een lagere rechter een uitspraak die in strijd is met de lijn van Windmill, dan kan dat vanuit het systeem van het recht worden bekritiseerd. Wijkt de Hoge Raad zelf van haar lijn af, zonder adequate motivering, dan kan dat eveneens vanuit het systeem van het recht worden bekritiseerd.

Op de theorie van Struiksmā, aangevuld met de door mij geschetste normatieve elementen, kan dus wel degelijk een rechtsgeleerd onderwijs en onderzoek worden gefundeerd.

5 *Het geschil als spel*, p. 50.



Om dat verder uit te werken, moeten we eerst onder ogen zien waarvoor wij onze studenten opleiden.

### 3 Waartoe leiden wij op?

De opleiding rechtsgeleerdheid heeft ten doel de student in staat te stellen in de praktijk van het rechtsbedrijf werkzaam te zijn én wetenschappelijk onderzoek te doen. Anders dan wel wordt gedacht, bestaat hiertussen geen tegenstelling. Zoals *Het geschil als spel* duidelijk maakt, dient een rechtsvinder (niet alleen de rechter, zoals we straks zullen zien) bij het vinden van een rechtens juiste beslissing niet alleen te putten uit het arsenaal aan rechtsvindingen dat op het betrokken terrein al heeft plaatsgevonden, maar, als daar geen oplossing kan worden gevonden, te abstraheren naar achterliggende algemene regels en beginselen of te grijpen naar bij analogie toe te passen regels en beslissingen. Dit is bij uitstek een wetenschappelijke activiteit. Intussen hoeft betrokkene dat niet als zodanig te ervaren en te herkennen; het doet zich namelijk op alle terrein van menselijke activiteit voor.

Henry Ford, piekerend over een manier waarop hij zoveel mogelijk T-Fords in een zo kort mogelijke tijd kon produceren, vond daarvoor inspiratie in de manier waarop slachthuizen in het Midden-Westen van de VS waren opgezet, en in de lopende band die werd gebruikt voor de verwerking van graan. Dat dit een typische wetenschappelijke manier van denken is, zal er voor hem niet toe hebben gedaan.

Maar eigen aan het recht is dat het grijpen naar achterliggende algemene regels en beginselen en analogieën niet alleen handig (efficiënt) is, maar ook een normatieve lading heeft, omdat men aldus een coherent rechtssysteem bouwt. We zouden kunnen zeggen: het recht is een systeem omdat het een systeem behóórt te zijn.

### 4 Wat betekent dit voor ons onderwijs?

#### 4.1 Algemeen

Als we uitgaan van recht als het analyseren en normatief voorspellen wat een rechter in een concreet geval doet, weten we wel wat het *object* van ons onderwijs is, maar we nog niet hoe we dat onderwijs moeten *inrichten*. Niettemin is er in de hier besproken theorie al meteen een belangrijk uitgangspunt aan te treffen: de student dient ten minste op een basisniveau kennis te nemen van de hoofdgebieden van het recht. Dit laat meteen al het wetenschappelijk karakter van de opleiding zien: zou men er immers voor kiezen, hetgeen op zichzelf goed denkbaar is, om de student na het aanleren van aantal basisvaardigheden meteen te laten kiezen uit de hoofdgebieden van het recht, dan is de coherentie van het recht als geheel ver te zoeken. Ook dient in de opleiding aandacht te worden besteed aan filosofische en rechtssociologische achtergronden, waarbij wel het onderscheid met het positieve recht scherp in de gaten moet worden gehouden.

Tot mijn vreugde wordt dit op de VU nog steeds als uitgangspunt genomen, ondanks druk om hieraan te sleutelen. Daarbij wordt voor zover ik kan zien - in ieder geval bij staats- en bestuursrechtelijke vakken - nog steeds uitgegaan van het concentrische model, dat wil zeggen in het eerste jaar de basisregels van een bepaald hoofdvak (meestal

aangeduid als ‘beginselen’), waarna deze vakken in het tweede en derde jaar worden verdiept. In de master vind dan specialisatie plaats.

Ten minste de hoofdgebieden van het recht, dus. Maar voor het overige weten nog niet veel over de daadwerkelijke invulling van het curriculum. Daarover wil ik in het vervolg van mijn opstel enkele opmerkingen maken. Maar daarvoor moeten we eerst nog stilstaan bij de centrale rol die de rechter in de theorie van Struiksma heeft.

## 4.2 Een kritische beschouwing vanuit het staats- en bestuursrecht

De nadruk die de theorie legt op rechtsvinding door de rechter moet vanuit het staats- en bestuursrecht om verschillende redenen kritisch worden beschouwd.

*Delen van het recht zouden buiten beschouwing blijven*

Ten eerste heeft zij onaanvaardbare gevolgen voor een belangrijk deel van het staats- en bestuursrecht, te weten het zogeheten politieke staatsrecht, waaronder ik versta de regels omtrent het tot stand komen van wetgeving, de verhouding regering-parlement, en het bestuurlijk organisatierecht.

Laat ik een voorbeeld geven. Wat betreft de bevoegdheidsverdeling met betrekking tot autonome gemeentelijke bevoegdheden, bevat de Grondwet de volgende bepalingen:

### **Artikel 124**

1. Voor provincies en gemeenten wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten.
2. [...].

### **Artikel 125**

1. Aan het hoofd van de provincie en de gemeente staan provinciale staten onderscheidenlijk de gemeenteraad. Hun vergaderingen zijn openbaar, behoudens bij de wet te regelen uitzonderingen.
2. Van het bestuur van de provincie maken ook deel uit gedeputeerde staten en de commissaris van de Koning, van het bestuur van de gemeente het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester.

### **Artikel 128**

Behoudens in de gevallen bedoeld in artikel 123, kan de toekenning van bevoegdheden, als bedoeld in artikel 124, eerste lid, aan andere organen dan die, genoemd in artikel 125, alleen door provinciale staten onderscheidenlijk de gemeenteraad geschieden.

Artikel 128 vormt de neerslag van het zogeheten ‘hoofdschap’ van de gemeenteraad, dat in de ogen van de grondwetgever meebrengt dat de wetgever weliswaar autonome bevoegdheden aan anderen dan de raad mag toekennen, maar dat dat alleen het college of de burgemeester mag zijn: wil de wetgever dat een ander orgaan autonome bevoegdheden moet (kunnen) uitoefenen, dan moet de raad daarover beslissen.

Artikel 165 Gemeentewet bepaalt echter:

**Artikel 165**

1. Het college kan aan een door hem ingestelde bestuurscommissie bevoegdheden overdragen, tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet.
2. [...].
- 3 Het college neemt geen besluit op grond van het eerste lid dan nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.

Dit artikel is evident in strijd met artikel 128 Grondwet, omdat het college dus zelfstandig (de zienswijzeprocedure van het derde lid doet daar niet aan af) kan besluiten bevoegdheden, dus ook autonome, over te dragen aan een commissie<sup>6</sup>. Het is de rechter vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet echter niet toegestaan de ongrondwettigheid van art. 165 Gemeentewet uit te spreken, en krachtens deze bepaling worden dagelijks tal van burgers rechtstreeks rakende besluiten genomen, zonder dat die om deze reden kunnen worden aangetast. Zouden wij ons in onze opleiding geheel richten op rechtsvinding door de rechter, dan moeten deze en dergelijke leerstukken buiten beschouwing blijven. Nu zou men kunnen zeggen dat regels die niet door een rechter kunnen worden toegepast, geen recht zijn, en dus ook niet behoeven te worden onderwezen in een rechtenopleiding. Zouden wij tot die conclusie komen, dan leiden wij volstrekt onbruikbare juristen op.

*Rechtspraak is niet de belangrijkste bron van recht*

De tweede kanttekening is de volgende. Wellicht is dit nog niet bij alle beoefenaren van de rechtsgeleerdheid doorgedrongen, maar rechtsvorming vindt in onze rechtsorde voor het overgrote deel door de wetgever plaats.<sup>7</sup> Volledige focus op rechterlijke rechtsvinding zou dat miskennen.

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat dit vanuit de onderwijstheorie bezien om voorwaardelijke rechten, plichten en aanspraken gaat, die nog door de rechter moeten worden toegepast op de concrete situatie: we kunnen dus volstaan met een focus op de rechterlijke rechtsvinding. Dat is echter zowel in empirische als in juridische zin onjuist.

Het is in empirische zin onjuist, omdat rechtssubjecten veelal hun plichten nakomen c.q. hun rechten krijgen zonder dat een rechter daarover een uitspraak hoeft te doen. Dat - Struiksma wijst daar ook op - de rechter ze er zo nodig toe zou kunnen dwingen, speelt wel een rol, maar uit onderzoek blijkt dat veel mensen - met name in het consumentenrecht - wier rechten zijn geschonden, daar geen werk van maken. Een onderwijstheorie die dat miskent, berust op drijfzand.

Maar ook in juridische zin is de nadruk op rechtsvorming en rechtsvinding door de rechter onjuist. De rechtsontwikkeling in de afgelopen eeuw laat een sterke verbestuursrechtelijking van ons recht zien. Waar vroeger de rechter degene was die vaststelde wat de rechtsverhouding tussen rechtssubjecten was (daaronder begrepen de verhouding

---

6 Art. 165 zoals dat luidde vóór de dualiseringsoperatie deed het wél goed: dat bepaalde dat *de raad* op voorstel van het college, bevoegdheden van het college kon overdragen aan een commissie.

7 Vgl. W.J.M. Voermans, 'Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?', *RegelMaat* 2015, nr. 2, p. 68.

tussen vervolgende overheid en vervolgte verdachte), is het nu op ongeken- de schaal het bestuur geworden dat dit doet. Nadruk op rechtsvinding door de rechter miskent dat rechtsvorming (waaronder ook rechtsvinding) door het bestuur minstens zo belangrijk is geworden.

*Theorie niettemin goed bruikbaar*

Intussen hoeft het voorgaande voor de conclusies die Struiksma op basis van zijn theorie trekt, geen grote gevolgen te hebben, als we voor ‘de rechter’ substitueren: iedereen die in ons staatsbestel bevoegd is een oordeel uit te spreken over de rechtmatigheid van bepaalde handelingen. Dat betreft natuurlijk allereerst de rechter, maar ook de Afdeling advisering van de Raad van State wanneer zij moet adviseren over de grondwettigheid van ontwerpen van wet in formele zin, en de voorzitter van de Tweede Kamer wanneer zij een amendement toelaatbaar acht of vaststelt dat een voorstel is aangenomen.<sup>8</sup> Ook het bestuur moet - althans gezien vanuit het rechtsaspect, want het bestuur mag en moet ook belangen afwegen, een afweging die niet (volledig) door het recht wordt bepaald - dezelfde soort beslisregels toepassen als de rechter in het schema van Struiksma, en daar kan de opleiding zich ook op richten.

Wel heeft het voorgaande gevolgen voor de inrichting van de opleiding, waarover hieronder meer.

### 4.3 Accentverschuivingen in de opleiding

Zonder afbreuk te willen doen aan de hoofdstructuur van de rechtenopleiding zoals hierboven geschetst, meen ik dat zowel inhoudelijk als qua vaardigheden accentverschuivingen wenselijk zijn.

*Meer onderwijs over wetgeving*

Hierboven gaf ik al aan dat de focus op rechtspraak in de opleiding miskent dat wetgeving de belangrijkste bron van recht in onze rechtsorde vormt. Dat aan rechtsvorming door de wetgever relatief weinig aandacht wordt besteed, mag allerlei historische en bureaupolitieke redenen hebben, duidelijk is dat het lastig is haar een rol te geven in een juridische opleiding. Immers, in een concrete casus met voldoende feitelijke gegevens kan men onderwijzen welke uitkomst (rechterlijk vonnis, besluit van een bestuursorgaan) de juiste is, maar dat kan men met wetgeving niet, omdat er veelal talloze rechtmatige uitkomsten denkbaar zijn.

Denk aan de volgende casus. Een wet bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels over onderwerp X worden gesteld. Je kunt de studenten vragen:

- a. Mag die amvb ook achterwege blijven? (antwoord: nee)
- b. Mag die amvb doordelegeren aan een ministeriële regeling? (idem)
- c. Mag die amvb ook iets regelen over onderwerp Y? (antwoord: nee, al is denkbaar dat dat dan moet worden beschouwd als een zelfstandige amvb op grond van art. 89 Grondwet).

Maar je kunt moeilijk vragen

- d. Hoe moet die amvb eruit zien?

---

8 HR 27 januari 1961, NJ 1963/248 (Pensioen Van den Bergh).

Die laatste vraag is wel mogelijk, en wordt in het kader van de afstudeerrichting Jurist en Overheid, vak Wetgeving, ook wel gesteld, maar dan is niet alleen een flinke dosis bijzondere vaardigheden nodig (wetgevingstechniek), maar ook een stevige beleidsmatige inkadering, waarna niettemin nog veel door de student te maken keuzes resteren. Ik denk niet dat het haalbaar is, dit in het verplichte curriculum van de bachelor rechtsgeleerdheid te doen.<sup>9</sup>

Toch is aandacht voor de wetgevingsleer, ook in het verplichte curriculum van de bachelor rechtsgeleerdheid, van groot belang, vergelijkbaar met (de vaardigheid van) het arresten lezen. In het eerste jaar zouden studenten een stevige dosis ‘wetten lezen’ moet krijgen, die bestaat uit:

- Normenlogica
- Structuur van wetten: opbouw, gelaagde structuur, herhaling en het voorkomen daarvan
- Belangrijkste wetgevingstechnieken (begripsbepaling, verwijzing, inwerkingtreding, overgangsrecht)
- Wetgevingsstijlen.

Het zijn deze elementen die de studenten van het mastervak Wetgeving jaarlijks doen verzuchten: ‘Dit vak zou iedere rechtenstudent moeten volgen.’ Ze zijn onmisbaar voor het goed de weg kunnen vinden in wetgeving en beleidsregels (ook van het openbaar ministerie!), maar naar mijn inschatting evenzeer voor het snel doorgronden van omvangrijke contracten en algemene voorwaarden.

#### *Niet alleen toetsing maar ook advisering*

Als ik de klassieke manier van onderwijs in onze (bachelor)opleiding in grove pen-nenstreken zou moeten schetsen, dan gaat het meestal om het volgende. In de voorgescreven literatuur en de hoorcolleges worden de belangrijkste begrippen, rechtsfiguren en rechtsnormen in beeld gebracht; in de werkgroepen wordt dit aan de hand van casusposities toegepast. Dit laatste geschiedt dan als volgt: een bepaald feitencomplex, waaronder al of niet rechtshandelingen, wordt gepresenteerd, en daar moet het volgende mee worden gedaan:

- kwalificeren van de handelingen;
- beoordelen of die handelingen rechtmatig zijn of niet;
- zo niet, wat daarvan de rechtsgevolgen zijn (waaronder de rechtsbescherming).

Dat laatste - is een handeling rechtmatig of niet, en zo niet, wat zijn daarvan de rechtsgevolgen? - zou ik met een aan het staatsrecht ontleende term zou willen aanduiden als ‘toetsen.’ Het is niet alleen de dagelijkse kost voor de rechter, maar ook voor het bestuur en de advocatuur, en het is logisch dat het de kern vormt van het juridisch onderwijs. Maar in de rechtspraktijk moeten actoren zich ook afvragen hoe het dan wél zou kunnen. Dit heeft niet alleen de vorm van ‘toetsen’, maar ook van adviseren. Dat geldt niet alleen voor de advocatuur en het bestuur,<sup>10</sup> maar in toenemende mate ook voor de

---

9 Denkbaar is, het vak Wetgeving in de minor onder te brengen.

10 De term adviseren in de context van de relatie bestuur-burger doet wellicht wat vreemd aan, maar uit de beginselen van behoorlijk bestuur vloeit voort dat het bestuur met de burger in gesprek gaat over de mogelijkheden die er zijn om aan de wensen van de burger te voldoen, en hem daarover voorlicht.

rechter, namelijk in de situatie dat onderzocht wordt of een schikking mogelijk is. In de rechtenopleiding zou wat mij betreft deze laatste stap steeds ook een uitdrukkelijke positie moeten krijgen.<sup>11</sup>

## 5 Wat betekent dit voor ons onderzoek?

In *Het geschil als spel* legt Struiksma ook een directe relatie tussen rechtswetenschappelijk onderwijs en onderzoek, en terecht; in een wetenschappelijke opleiding moeten onderwijs en onderzoek hand in hand gaan.<sup>12</sup> Maar ook legt hij de verbinding met zijn theorie: het object van het rechtsgeleerd onderzoek is hetzelfde als het object van het rechtsgeleerd onderwijs. Hier zie ik wel enkele problemen.

Als het object van rechtsgeleerd onderwijs en onderzoek datgene is wat, gegeven de als positief recht geldende rechtsregels en beginselen, de (juiste) rechtsvinding is, dan kan men een rechtsvinding die *in overeenstemming* is met die rechtsregels en beginselen niet bekritisieren. Nu kan men dat methodologisch eenvoudig pareren door te zeggen: dat kan wel, maar dan is het niet juridisch maar (rechts)politiek. Dat moge zo zijn, maar een kritische reflectie op het positieve recht vanuit voorpositieve rechtsbeginselen is onmisbaar in de juridische opleiding.

Intussen is zo'n methodologische (onder)scheiding wel van groot belang. In onderwijs en onderzoek dient men naar mijn mening zo helder mogelijk te maken wáár men het geldende recht weergeeft, en wáár men bespreekt wat geldend recht zou moeten zijn (en op welke hogere normen of beginselen of analogieën men zich daarbij baseert).

Dat is in de eerste plaats een kwestie van wetenschappelijk zuiverheid. Onder de vaststelling dat waardevrije presentatie van onderzoeksgegevens, zeker in het recht, onmogelijk is, maakt men zich schuldig aan wetenschappelijke spookrijderij als men als geldend recht presenteert wat men zelf als wenselijk beschouwt.

Ik heb dat zelf een keer hardhandig moeten ervaren toen ik in twee publicaties over hetzelfde onderwerp geen onderscheid had gemaakt tussen wenselijk en geldend recht. In een opstellenbundel van het onvolprezen onderzoekszwaartepunt Overheid en Particulier Initiatief (OPI) had ik bepleit om de bevoegdhedenovereenkomst, althans het besluit te voorbereiding daarvan, als een appellabel besluit in de zin van art. 8:1 Awb te beschouwen.<sup>13</sup> Korte tijd later meende ik in een preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, ten behoeve van onze Belgische vrienden, te laten zien dat het besluit ter voorbereiding van een bevoegdhedenovereenkomst in Nederland niet als een appellabel besluit wordt beschouwd.<sup>14</sup> Het kwam mij in de eerstvolgende druk van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* op een uitbrander van

11 Zie voor een uitgewerkt voorbeeld R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, 7<sup>e</sup> druk, p. 52-54.

12 Dit dreigt door de (financiële) ontwikkelingen in het universitaire onderwijs overigens steeds meer fictie te worden.

13 S.E. Zijlstra, 'De paradox van de horizontalisering. De juridische positie van derden bij convenanten', in: F.J. van Ommeren en H.J. de Ru (red.), *Convenanten tussen overheid en maatschappelijke organisaties*, Den Haag, Sdu 1993 p. 143-166.

14 S.E. Zijlstra, *Convenanten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Fernhout te staan.<sup>15</sup> Wat is het nou, Zijlstra? Nou, het is het niet (preadvis), maar het zou het wel moeten zijn (OPI-bundel). Maar dat had ik niet goed duidelijk gemaakt.

Het zichtbaar maken van onderscheid tussen geldend en wenselijk recht is ook van groot belang om in het onderwijs ongelukken te voorkomen.

Ook hier een voorbeeld uit eigen ervaring. Enige jaren geleden hadden wij voor het vak Bestuursrecht een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de gedoogbeschikking voorgeschreven (ABRS 12 juni 1997, *AB* 1997/343 inzake Funderingsplan). In die uitspraak overweegt de Afdeling dat een schriftelijke beslissing om een overtreding te gedogen weliswaar voor de rechtsbescherming met een beschikking moet worden gelijkgesteld, maar dat dit in beginsel niet geldt voor de schriftelijk afwijzing van een verzoek om te gedogen. Annotator Jurgens vond dit in strijd met art. 1:3 lid 2 Awb: als iets een beschikking is, is de afwijzing van een aanvraag daartoe ook een beschikking. Studenten: wat is het nou? Docenten: de afdelingsuitspraak is geldend recht, de noot wenselijk recht.

## **6 Onderzoek in het onderwijs; onderricht in het onderzoek**

Wij leiden als gezegd niet alleen op voor de rechtspraktijk, maar ook voor de rechtswetenschap. De student rechtsgelerdheid moet zelfstandig onderzoek kunnen doen en dat (schriftelijk) presenteren. Uit ervaring blijkt, dat veel studenten hier grote moeite mee hebben. Dat heeft naar mijn mening verschillende oorzaken. De eerste is dat ze niet hebben geleerd een ordentelijk juridisch betoog op te zetten. Wellicht begint dat al met onze manier van toetsen. Als ik op een tentamen bestuursrecht de vraag stel: is een minister een bestuursorgaan? en ik krijg (letterlijk) het volgende antwoord: 'art. 1:1 Awb - a-orgaan - Staat is rechtspersoon - dus ja', dan heeft de student een serieus deel, wellicht zelfs de meerderheid van de punten waarschijnlijk wel binnen. Maar een ordentelijk betoog is het niet. Wellicht is het onverstandig daar strenger op te gaan toetsen, maar er zou in de opleiding wel méér aandacht voor moeten zijn. Om die reden is de laatste jaren terecht bij enkele verplichte vakken (waaronder Bestuursrecht) een eveneens verplichte paper ingevoerd.

Maar zelfs al leren we de studenten hoe ze een wetenschappelijk betoog moeten *opzetten*, dan zijn we er nog niet. Een juridisch betoog is (tevens) een vorm van retoriek, die sommigen van nature beheersen, maar anderen echt moet worden bijgebracht. Een ervaren auteur beschikt over een arsenaal aan constructies als 'niettemin', 'overigens', 'aangenomen moet worden,' etc. om de lezer helderheid te verschaffen over de relatie tussen bepaalde mededelingen, soms ook om zich uit bepaalde inhoudelijke of retorische problemen te redden. Beschikt de student hier niet over, dan is dat in het kader van de begeleiding van een scriptie niet meer bij te spijkeren.

Daarnaast moeten wij als docenten/onderzoekers de hand ook in eigen boezem steken. Naar mijn waarneming betreft het overgrote deel van de in tijdschriften gepubliceerde bestuursrechtelijke artikelen een combinatie van geldend en wenselijk recht. Het uit-

---

15 P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, 5<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2001, p. 505, noot 222.

sluitend presenteren van onderzoek naar geldend recht wordt als weinig interessant,<sup>16</sup> misschien zelfs wel als onwetenschappelijk beschouwd. Wij leggen onze studenten deze zelfde eisen op. Een scriptie die uitsluitend in beeld brengt wat geldend recht is, wordt 'te mager' gevonden; de student moet ook in beeld brengen wat daar in de literatuur allemaal over is gezegd, en ten minste 'zijn eigen mening' geven. Dit heeft grote nadelen. Ten eerste slaat ons *dédain* voor positiefrechtelijk onderzoek over op de studenten, die dat niet als scriptieonderwerp zullen kiezen. Omdat de gemiddelde rechtenstudent niet meteen aan empirisch onderzoek zal denken (als wij dat al zouden kunnen begeleiden), resulteert vanzelf een klassiek-normatief onderzoek: een kritische bespreking van het geldend recht, mede op basis van literatuurstudie, compleet met eigen mening. En dát is nu juist het moeilijkste soort onderzoek dat er op ons vakgebied is. Ik noem:

- Hoe geef je 'de meningen in de literatuur' weer? Chronologisch? Thematisch? Op 'gezag' van de auteur?
- Hoe moet de student kiezen uit die meningen?
- Wat is het gehanteerde toetsingskader?

Naar mijn mening moeten we verder doordenken welk type onderzoek wij vinden dat studenten ten minste<sup>17</sup> moeten kunnen verrichten, en daar al vroeg in de opleiding onderricht in verzorgen.

## 7 Ten slotte

Jan Struiksma gaat nu met pensioen, en we zullen hem missen. Wat ik zelf het meeste zal missen is Jan als richtsnoer en vraagbaak bij de soms heel lastige dilemma's waarvoor een docent kan komen te staan. Hij is altijd wars geweest van het verdisconteren van enig persoonlijk of bureaupolitek belang bij het geven van adviezen of het nemen van beslissingen. Ook daarin is hij uniek.

Gegeven zijn constant nieuwgierige brein, zal Jan niet thuis achter de geraniums gaan zitten. Ik hoop dat hij ook blijft nadenken - en schrijven! - over de belangrijke thema's die hij de laatste jaren heeft aangesneden en uitgewerkt (waaronder ook wetenschappelijke integriteit). Wij hebben je nodig, Jan!

---

16 Beschrijving van geldend recht was vanaf het begin de formule van *JBplus*; het blad heeft die formule - kennelijk - stilzwijgend verlaten.

17 Er zijn natuurlijk altijd studenten die een klassiek-normatief onderzoek wel aankunnen.





# Deel III

**Algemeen bestuursrecht en bestuursprocesrecht**



# Advies van een deskundige of algoritme?

## De toetsing van ‘black box’-besluiten door de bestuursrechter

Mr. N.H. (Heleen) van Amerongen & prof. mr. Y.E. (Ymre) Schuurmans

### 1 Inleiding

Burgers en bedrijven krijgen regelmatig te maken met besluiten die bestuursorganen met ‘hulpmiddelen’ hebben voorbereid. Deze hulpmiddelen kunnen adviezen van één of meerdere deskundigen zijn, maar ook bepaalde (digitale) modellen, programma’s of software. De inzet van deze hulpmiddelen stelt bestuursorganen in staat om inzicht te krijgen in specialistische, wetenschappelijke of technisch complexe materie, die zij anders niet of maar ten dele zouden kunnen ontwikkelen. Sterker nog, zij kunnen zelfs volledig of ten dele van deze hulpmiddelen afhankelijk zijn om op grote schaal besluiten op basis van *state-of-the-art* kennis te nemen. De keerzijde is dat dergelijke complexe besluiten ondoorzichtig en oncontroleerbaar kunnen worden, omdat onduidelijk is hoe het besluit tot stand is gekomen en waarop het besluit inhoudelijk is gebaseerd. Ze kunnen als *black boxes* worden ervaren.<sup>1</sup>

De bestuursrechter die effectieve rechtsbescherming wil bieden, zoekt naar manieren om die *black boxes* te openen. Dit past binnen een meer algemene trend van de bestuursrechter om bestuurlijke besluitvorming indringender te toetsen, ook als bestuursorganen beslissingsruimte hebben.<sup>2</sup> Belangrijke drijfveren achter deze ontwikkeling zijn de (rechts)bescherming van de burger, maar ook de behoefte aan versterkte controle op bestuurshandelen, nu de democratische legitimatie van besluiten vaak flinterdun is.<sup>3</sup>

Die behoefte om de black box te openen doet zich in de digitale wereld sterk gevoelen. Een besluit dat geautomatiseerd tot stand komt, wordt voor een groot deel bepaald door

---

1 Deze term wordt vooral gebruikt in de context van algoritme-gedreven besluitvorming, zie F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge: Harvard University Press 2015.

2 R. Ortley & W.S. Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, *AA* 2018, afl. 1, p. 20-25; R. Kegge, ‘Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter’, *JBplus* 2018, afl. 4.

3 Zie o.a. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortley & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR, VAR-reeks 154), Den Haag: Bju 2015, p. 7-58 en de Conclusie van A-G Widdershoven van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

een algoritme dat op basis van daarin vastgelegde instructies inputdata omzet in een beslissing. De rechter wil dan weten welke data zijn gebruikt, van welke veronderstellingen het programma uitgaat en welke beleidsmatige keuzes zijn gemaakt. De breed uitgemeten PAS-uitspraak biedt daar een duidelijk voorbeeld van.<sup>4</sup> Maar is het openen van de black box van (deels) geautomatiseerde besluitvorming van fundamenteel andere orde dan het openen van de black box van deskundigenadvisering? Hebben we andere normerende beginselen nodig of kunnen we voor een groot deel varen op de wijze waarop we in het algemeen met deskundigenadvisering omgaan?<sup>5</sup> Daarbij speelt de vraag of de digitale wereld werkelijk van de analoge verschilt.

Wij stellen de volgende onderzoeksvraag centraal: *Aan de hand van welke normen toetst de bestuursrechter het deskundigenadvies dan wel het beslissysteem en kunnen overeenkomsten dan wel verschillen worden verklaard vanuit waarden als rationaliteit en 'accountability'?* Onder rationaliteit verstaan we de mate waarin de deskundige dan wel het beslissysteem bijdraagt aan een accurate feitenvaststelling en -waardering en zodoende materiële waarheidsvinding bevordert. 'Accountability' is een vooral in het internationale debat gebruikt concept, dat eisen stelt aan deskundigenadvisering en algoritme-gedreven besluitvorming.<sup>6</sup> Met 'accountability' doelen we op de mate waarin het bestuursorgaan verantwoordelijkheid kan nemen voor de beslissing. De inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de beslissing speelt daarbij een grote rol. Beide waarden kunnen gediend zijn met transparantie.<sup>7</sup> Transparantie kan rationaliteit versterken door bijvoorbeeld een zinnig bewijsdebat tussen partijen te bevorderen en accountability door beslissingen meer inzichtelijk en controleerbaar te maken.

In deze bijdrage beschrijven we enkele casus op verschillende deelterreinen die we indelen op een glijdende schaal. Paragraaf 2 beschrijft de bestuursrechtelijke eisen die aan algoritme-gedreven besluitvorming worden gesteld. Paragraaf 3 behandelt de tussensituatie waarin de deskundige mens adviseert, maar waarbij zijn oordeel mede wordt gevormd door de computersystemen waarin hij de beoordeling moet invoeren. Paragraaf 4 beziet de bestuursrechtelijke normering van de advisering door de 'traditionele' deskundige. In paragraaf 5 duiden we overeenkomsten en verschillen in de normering en waarden die in het licht van rationaliteit en 'accountability'. We sluiten af met een conclusie.

De bijdrage is verkennend van aard, waarin we de gelijksoortige dan wel uiteenlopende benaderingswijze van de bestuursrechter identificeren en in een breder kader plaatsen.

---

4 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *M&R* 2017/84, m.nt. M.M. Kaajan, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck, *Gst.* 2017/170, m.nt. B. Assink.

5 *Stcrt.* 2018, 50 999 (Advies Raad van State betreffende digitalisering), p. 12-14. Zie ook M. Oswald, 'Algorithm-assisted-decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power', *Phil. Trans. R. Soc. A* 2018, 376:20170359 en C. Coglianese & D. Lehr, 'Regulating by robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era', *The Georgetown Law Journal* 2017, p. 1147-1223.

6 Zie bijvoorbeeld N. Diakopoulos, 'Algorithmic Accountability', *Digital Journalism* 2015 (3), nr. 3, p. 402 en M. Ambrus, K. Arts, E. Hey & H. Raulus, 'The role of experts in International and European decision-making processes: setting the scene', in: M. Ambrus e.a. (red.), *The role of 'Experts' in International and European Decision-Making Processes*, Cambridge: University Press 2014, p. 7-8.

7 A.W.G.J. Buijze, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBplus* 2016/18, afl. 4.

De casus hebben we geselecteerd op de grote mate van invloed van het algoritme of de deskundige op het besluit, waarbij de bestuursrechter richtinggevende uitspraken heeft gedaan over de eisen die het bestuursrecht stelt. De literatuuranalyse is eveneens verkennend van aard, waarbij het doel is de bestuursrechtelijke normering niet alleen in het licht van de Awb te plaatsen, maar ook in bredere concepten van controle van het openbaar bestuur, waarin de ratio van de maatstaven tot uitdrukking komt. Wij menen dat deze opzet goed past in de onderzoekslijn en -traditie van Jan Struiksma: het beziet op licht eigennuttige wijze een ontwikkeling in maatschappij en recht, niet alleen vanuit de Awb of het bijzondere bestuursrecht, maar gaat op zoek naar de ratio van die normen (en *common sense*) en beziet of de normen aansluiten bij de probleemanalyse.<sup>8</sup> Bovendien ligt de bijdrage in het hart van Jans belangstelling voor digitalisering, rechtsbescherming en bewijsrecht.<sup>9</sup>

## 2 Het deskundige systeem

### 2.1 (Deels) geautomatiseerde besluitvorming

Geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming wordt door computersystemen uitgevoerd op basis van algoritmes en vaak grote hoeveelheden data. Hoe toetst de bestuursrechter dit type besluitvorming? Om dit in kaart te brengen staan we kort stil bij het Programma Aanpak Stikstof (PAS, 2.2) en de WOZ-beschikking (2.3). Vooral de (deels) geautomatiseerde besluitvorming binnen het PAS kreeg brede aandacht, omdat de Afdeling in die zaak voor het eerst expliciet een toetsingskader ontwikkelde.<sup>10</sup> Dit toetsingskader bleek bestuursrechtbreed toepassing te krijgen: ook de Hoge Raad heeft dit inmiddels toegepast in het kader van de WOZ-beschikking.

### 2.2 Het Programma Aanpak Stikstof en AERIUS

Nederland staat voor de enorme opgave om bepaalde stikstofgevoelige natuurgebieden te beschermen tegen de effecten van stikstofoverbelasting en tegelijkertijd economische activiteiten de ruimte te geven. Voor deze afweging is een integrale aanpak bedacht in het PAS, dat sinds 2015 geldt.<sup>11</sup> Dit programma bestaat onder andere uit een meldings- en vergunningsverleningssysteem voor activiteiten die stikstofdepositie in beschermde gebieden veroorzaken. Op grond van het voorzorgsbeginsel van de Habitatrichtlijn is het nodig per plan of project een passende beoordeling te maken die moet *verzekeren*

---

8 Zie bijv. J. Struiksma, 'Het wetsvoorstel Omgevingswet: de beperkingen van een wetenschappelijke beoordeling', *TBR* 2014/142.

9 Zie o.a. J. Struiksma, 'Digitaal stelsel Omgevingswet: uithuilen en opnieuw beginnen', *WPNR* 2018, p. 58-64; J. Struiksma, *Het geschil als spil. De empirische cyclus van de rechtswetenschap*, Zaandam: Struiksma 2012 en zijn grote betrokkenheid als initiator en promotor van het promotieonderzoek Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 2005.

10 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *M&R* 2017/84, m.nt. M.M. Kaajan, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck, *Gst.* 2017/170, m.nt. B. Assink. Naast deze uitspraak was er een daaraan gerelateerde uitspraak die dag (ECLI:NL:RVS:2017:1260).

11 Zie voor een uitgebreide uitleg over dit programma: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu? (Deel I)', *TBR* 2017/93, p. 586-596.

dat de kwaliteit van stikstofgevoelige natuurgebieden niet verslechtert.<sup>12</sup> Deze passende beoordeling moet gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis en mag geen redelijke wetenschappelijke twijfel laten bestaan over de vraag of het project de natuurlijke kenmerken van het natuurgebied zal aantasten.<sup>13</sup> De ministers van Economische zaken en Infrastructuur en Milieu<sup>14</sup> hebben aan deze passende beoordeling een grote hoeveelheid onderzoeken ten grondslag gelegd en zijn in het PAS van verschillende aannames en marges uitgegaan om onzekerheden gedurende de looptijd van het programma van zes jaar op te vangen. Het Hof van Justitie van de EU uitte in antwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling zorgen hierover en heeft de nationale rechter opgedragen de wetenschappelijke deugdelijkheid van het PAS nog eens grondig en volledig te toetsen.<sup>15</sup>

De uitkomsten van de passende beoordeling zijn verwerkt in de rekenmodule van het softwarepakket AERIUS<sup>16</sup> dat bestuursorganen verplicht zijn te gebruiken. Met dit instrument kunnen bestuursorganen en burgers vaststellen hoeveel stikstofdepositie een activiteit veroorzaakt en welke ruimte per gebied bestaat om ‘vervuilende’ activiteiten toe te staan. Met de resultaten uit AERIUS Calculator wordt beoordeeld of een activiteit de drempel- of grenswaarde overschrijdt waardoor voor de activiteit een meldings- dan wel een vergunningsplicht bestaat en of een vergunning dan kan worden verleend.

Een groot voordeel van het PAS is de bijdrage die het levert aan de rationaliteit van de beslissing: het in samenhang beoordelen van maatregelen, gebaseerd op de beste wetenschappelijke kennis, kan de kwaliteit van de besluitvorming verhogen. Daarnaast geeft het efficiëntievoordelen, want snel kunnen maatregelen en cumulatieve gevolgen worden afgewogen en weet de burger waar hij aan toe is. Dit efficiëntievoordeel erkent ook de Afdeling.<sup>17</sup> Het risico is alleen dat dergelijke deels geautomatiseerde besluitvorming niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames, aldus de Afdeling.<sup>18</sup> Door dit ‘black box’-karakter kan een ongelijkwaardige procespositie ontstaan als belanghebbenden willen opkomen tegen een besluit: zij kunnen niet controleren op basis waarvan een besluit is genomen én of inderdaad de zekerheid bestaat dat de natuurgebieden niet zullen worden aangetast.

Om reële rechtsbescherming mogelijk te maken, legt de Afdeling een verplichting op aan de bestuursorganen die verantwoordelijk zijn voor de ontwikkeling van het programma en de software. Zij moeten de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar maken op een passende wijze, zodat deze voor derden toegankelijk zijn.<sup>19</sup> Daarmee kunnen belanghebbenden dergelijke besluiten (laten) controleren en eventueel gemotiveerd betwisten en kan de rech-

---

12 Artikel 6 lid 3 Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992.

13 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.11-10.33 met verwijzingen naar uitspraken van het HvJ EU en de interpretatie daarvan door de Afdeling.

14 Ondertussen is dit de minister van Infrastructuur en Waterstaat.

15 HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882, c-293/17 en c-294/17, r.o. 101, AB 2018/436, m.nt. Ch. W. Backes. Zie ook: S.D.P. Kole, ‘PASst het PAS nog?’, *Gst.* 2019/3.

16 Te raadplegen op [aerius.nl](http://aerius.nl).

17 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3.

18 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3.

19 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.4.

ter deze toetsen op rechtmatigheid. Overigens is in een latere Afdelingsuitspraak de nuance aangebracht dat alleen de keuzes ten aanzien van de gegevens die de gebruiker zelf heeft ingevoerd, de *maatwerk invoergegevens*, uit eigen beweging moeten worden ontsloten.<sup>20</sup> De standaardinvoergegevens in de rekenmodule hoeven slechts op verzoek van belanghebbenden kenbaar te worden gemaakt om onevenredig zware bestuurslasten te voorkomen. Voor de ministers en staatssecretaris bleek er in dit geval werk aan de winkel. Hoewel AERIUS voor iedereen gratis toegankelijk was<sup>21</sup> en er een uitleg van 190 factsheets beschikbaar was, oordeelde de Afdeling na grondige studie dat verschillende keuzes, gegevens en aannames onvoldoende onderbouwd waren. Het is nog afwachten of het de ministers en staatssecretaris lukt de kwaliteit en controleerbaarheid van het PAS voldoende te verbeteren.

De Afdeling legt met dit toetsingskader voor het algoritmische beslissysteem de nadruk op de ongelijkwaardige procespositie van belanghebbenden en de uit het beginsel van *equality of arms* vloeiende noodzaak voor bestuursorganen die de software ontwikkelden om de ingevoerde uitgangspunten toe te lichten en te onderbouwen. Dat ziet niet zozeer op de technische kant van het algoritme zelf, maar vooral op een toelichting van de gegevens, aannames en keuzes waarvan het systeem uitgaat, zoals een gemiddelde economische groei van 2,5% of van een doorzettende autonome daling van de gemiddelde stikstofdepositie.

### 2.3 De modelmatige waardebeoordeling in de WOZ-beschikking

Dit toetsingskader strekt zich ook uit naar andere (deels) geautomatiseerde besluitvorming, zoals de vaststelling van de WOZ-waarde van een onroerende zaak op basis van de Wet waardering onroerende zaken.<sup>22</sup> Het gaat bij deze waarde om de prijs die de meestbiedende koper zou betalen als de woning aangeboden wordt na de beste voorbereiding en op de meest geschikte wijze.<sup>23</sup> Een heffingsambtenaar van de gemeente bepaalt de WOZ-waarde door modelmatige waardebeoordeling: een methode waarbij de waarde wordt getaxeerd door de kenmerken van en rondom de woning systematisch te vergelijken met de kenmerken en de daaraan gekoppelde waarden van recente woningverkoop in de gemeente.<sup>24</sup> Het is een computerprogramma dat deze kenmerken en waarden genereert en de woning daarmee vergelijkt. Gemeenten mogen zelf kiezen welk taxatiesysteem en programma het beste past bij de woningen binnen de gemeente.<sup>25</sup>

De woningeigenaar die de opbouw van de WOZ-waarde wil controleren, kan een motivering van de WOZ-waarde vinden via MijnOverheid of een digitaal loket van de

20 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23, *Computerrecht* 2018/253, m.nt. N. Jak & T. Barkhuysen, *Me&R* 2018/124, m.nt. M.M. Kaajan.

21 In tegenstelling tot andere gebruikte software in het omgevingsrecht, zie R. Benhadi, 'Geautomatiseerde besluitvorming in het omgevingsrecht', *SLAB* 2017, afl. 3, p. 10.

22 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *NTFR* 2018/1878, m.nt. M.B. Weijers, *AB* 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch.

23 *Kamerstukken II* 1993/94, 22 885, nr. 36, p. 44.

24 [www.waarderingskamer.nl/klopt-mijn-woz-waarde/totstandkoming-woz-waarde/](http://www.waarderingskamer.nl/klopt-mijn-woz-waarde/totstandkoming-woz-waarde/).

25 Notitie modelmatige waardebeoordeling, Waarderingskamer 21 augustus 2017, p. 3, te raadplegen op: [www.waarderingskamer.nl/klopt-mijn-woz-waarde/totstandkoming-woz-waarde/](http://www.waarderingskamer.nl/klopt-mijn-woz-waarde/totstandkoming-woz-waarde/).



gemeente.<sup>26</sup> Deze motivering bestaat veelal uit het taxatieverslag met de kenmerken van de woning en de waarde van drie verkochte woningen uit de buurt, maar niet met de gegevens uit het computerprogramma waarmee is vergeleken. Dit verslag bevat dus niet *alle* gegevens die nodig zijn om de vastgestelde waarde te kunnen controleren.<sup>27</sup> Mocht een woningeigenaar - na bezwaar - tegen een WOZ-beschikking in beroep gaan dan is het in de praktijk gebruikelijk dat de heffingsambtenaar een taxateur inschakelt om een nieuw taxatierapport uit te brengen en richt de rechtsstrijd zich vervolgens op dit rapport in plaats van de resultaten van het computerprogramma.<sup>28</sup>

De Hoge Raad deed op 17 augustus 2018 uitspraak over de mogelijkheid om de WOZ-waarde te controleren in een zaak waarin een woningeigenaar had verzocht om een overzicht van de opbouw van de kavelwaarde van zowel de eigen woning als de referentieobjecten (de 'grondstaffels').<sup>29</sup> Deze woningeigenaar kreeg in de bezwaarfase nul op het rekest, omdat het volgens de heffingsambtenaar technisch niet mogelijk was om grondstaffels te herleiden uit het softwareprogramma. Daar gaat het Hof niet mee akkoord: een heffingsambtenaar dient zijn administratie zodanig in te richten dat de noodzakelijke bouwstenen voor de waardebepaling daaruit op doelmatige wijze zijn te destilleren.<sup>30</sup> Volgens de Hoge Raad vormen de grondstaffels op de zaak betrekking hebbende stukken die al in de bezwaar- of beroepsfase ter inzage moeten worden gegeven.<sup>31</sup> Vervolgens herhaalt de Hoge Raad het toetsingskader van de Afdeling en benadrukt dat de heffingsambtenaar om een ongelijkwaardige procespositie te voorkomen had moeten zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de keuzes, aannames en gegevens die leiden tot de grondstaffels.<sup>32</sup>

Het is opvallend dat de heffingsambtenaar software gebuikt voor het primaire besluit, maar bij aanwending van rechtsmiddelen een deskundige taxateur inschakelt om de waarde te bepalen en onderbouwen. Dat is vanuit rationaliteit lastig te begrijpen: in beginsel zal een bestuursorgaan voor een feitenvaststellingsmethode kiezen die de waarheid dicht benadert en met beperkte uitvoeringskosten gepaard gaat. Het is vanuit bewijsrechtelijk perspectief bepaald ongebruikelijk om het primaire besluit te baseren op een meer nauwkeurige goedkope analyse (via de software), om vervolgens bij de verlengde besluitvorming over te stappen naar de methode die weliswaar meer inzichtelijk te motiveren is, maar waarbij de uitkomst veel afhankelijker is van de drie (mogelijk strategisch) gekozen referentieobjecten.<sup>33</sup> Inzichtelijkheid gaat dan voor rationaliteit en neemt de prikkel weg om de software te verbeteren.

---

26 Op basis van artikel 3:48 lid 1 en 2 Awb en artikel 40 lid 2 Wet WOZ hoeft de motivering slechts op verzoek te worden gegeven.

27 Zie hierover ook: J.C.K.W. Bartel, 'De WOZ-beschikking: het roer moet om', *WFR* 2018/203, p. 1402-1403.

28 Zie voor een kritische beschouwing van deze praktijk: Bartel 2018.

29 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *NTFR* 2018/1878, m.nt. M.B. Weijers, *AB* 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch.

30 Hof's-Hertogenbosch 10 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:501.

31 Op grond van artikel 7:4 lid 2 en 8:42 lid 1 Awb.

32 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, r.o. 2.3.3, *NTFR* 2018/1878, m.nt. M.B. Weijers, *AB* 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch.

33 Vgl. Bartel 2018, p. 1406; de drie referentieobjecten lijken steeds te worden gekozen uit de groep van verkopen met bovengemiddelde waarden voor de objectkenmerken, terwijl het computerprogramma

### 3 Mens en systeem samen deskundig

#### 3.1 Ondersteunende software

Waar in de voorgaande paragraaf het softwareprogramma een beslissende rol speelt in de besluitvorming, is in veel andere gevallen de software meer ondersteunend van aard. Aan een tekstverwerkingsprogramma zitten weinig haken en ogen, maar dat wordt anders wanneer met behulp van software beoordelingen in punten worden geduid en scores worden gestandaardiseerd, zoals bijvoorbeeld bij subsidietenders.<sup>34</sup> Is er een duidelijke handleiding voor welke standaard een bepaalde score symbool staat? Vindt bij een gelijke score een nadere inhoudelijke beoordeling plaats of wordt een applicatie gebruikt om *random* te selecteren en hoe is de *randomness* geborgd?<sup>35</sup> Wie kennis heeft van de gebruikte software vindt dit logische kritische kanttekeningen, wie niet weet welk programma is gebruikt, zal dit niet snel problematiseren. De casus waarin de ondersteunende software nadrukkelijk naar voren komt en door de bestuursrechter is getoetst, is de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (Uwv) met behulp van het Claimbeoordelings- en borgingssysteem (CBBS).

#### 3.2 Het CBBS

Bij een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling brengt een verzekeringsarts de beperkingen en mate van arbeidsongeschiktheid in kaart, waarna een arbeidsdeskundige beziet welke functies betrokkene nog zou kunnen uitoefenen en wat zijn of haar resterende verdien capaciteit is.<sup>36</sup> Zij gebruiken daarbij een computerprogramma, het CBBS. Dit systeem heeft in wezen drie functies: het dient als communicatiemiddel tussen verzekeringsarts en arbeidsdeskundige, als instrument om (geautomatiseerd) een voorselectie van functies te maken én als middel om 'naar buiten toe' inzichtelijk te maken hoe tot het deskundige arbeidsongeschiktheidsoordeel is gekomen.<sup>37</sup> Nadat in 2002 dat programma het oude Functie Informatie Systeem (FIS) verving, zijn er verschillende rechtszaken gevoerd over de deugdelijkheid van arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen met behulp van het CBBS.<sup>38</sup> Eisers meenden dat het programma onnavolgbaar was en van verkeerde uitgangspunten uitging.

In het ontwerp van het CBBS liggen namelijk verschillende aannames besloten.<sup>39</sup> Een belangrijk onderdeel van het CBBS is de Functionele Mogelijkheden Lijst (FML) waarmee de verzekeringsarts iemands belastbaarheid en beperkingen in kaart brengt. De

---

gegevens uit het gehele verkoopbestand genereert, waaronder ook die met beneden gemiddelde waarden.

34 Zie bijv. Rb. Den Haag 10 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:141, over de standaardisatie van beoordelingsgemiddelden bij de verdeling van NWO-subsidies.

35 Zie bijv. CbB 23 augustus 2011, AB 2011/329, m.nt. Wolsinkel.

36 Art. 2, eerste lid, Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten.

37 CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9971, USZ 2006/309, m.nt. M. Koolhoven.

38 CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4719, AB 2004/462, m.nt. F.J.L. Pennings, USZ 2004/353, m.nt. P.S. Fluit; CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9971, USZ 2006/309, m.nt. M. Koolhoven; CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9976, SR 2006/81, m.nt. A.C. Damsteegt.

39 De schets is ontleend aan CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4719, AB 2004/462, m.nt. F.J.L. Pennings, USZ 2004/353, m.nt. P.S. Fluit.

FML bevat een zestal rubrieken, waaronder ‘sociaal functioneren’ en ‘statische houdingen’, met daarin belastbaarheidsaspecten die de verzekeringsarts moet scoren. De FML neemt daarbij bepaalde normaalwaarden tot ijkpunt, die aangeven tot welk functioneren een gezond persoon tussen de 16 en 65 jaar minimaal in staat is. Die normaalwaarden zijn gebaseerd op professionele consensus van een panel van arbeidsdeskundigen en verzekeringsartsen, de beschikbare informatie over het gebruik van het FIS en adviezen van wetenschappelijke specialisten.<sup>40</sup> De verzekeringsarts geeft per afzonderlijk belastbaarheidsaspect aan of iemand ten opzichte van de normaalwaarde beperkt is te achten, waarbij hij vier gradaties onderscheidt. Vervolgens moet een arbeidsdeskundige beoordelen welke functies betrokkene nog kan vervullen. Hiervoor zijn in het CBBS allerhande functies ingevoerd en geclusterd op gelijksoortigheid.<sup>41</sup> Het programma vergelijkt de belastbaarheidsaspecten uit de FML met in het systeem opgenomen belastinggegevens voor de functies en selecteert automatisch potentieel geschikte functies op basis van ‘matchende’ beoordelingspunten. De geautomatiseerde matching is niet in alle opzichten passend. Sommige belastbaarheidsaspecten in de FML corresponderen niet met gegevens over de functies, omdat deze aspecten niet ‘in maat en getal’<sup>42</sup> zijn uit te drukken en per werksituatie verschillen. Als gevolg zal de arbeidsdeskundige, eventueel in overleg met de verzekeringsarts, de functieselectie handmatig moeten bijwerken.

Een ondersteunend systeem als het CBBS, dat standaardiseert en selecteert op basis van aannames, is volgens de Centrale Raad van Beroep toelaatbaar: “De Raad is niet gebleken van redenen om een systeem als het CBBS niet in beginsel rechtens aanvaardbaar te achten als ondersteunend systeem, omdat wet en rechtspraak onvoldoende aanknopingspunten bieden om daarover in algemene zin anders te oordelen, waarbij hij aantekent dat het UWV enige beoordelingsruimte niet kan worden ontzegd.”<sup>43</sup> Met deze redenering lijken weinig uitvoeringstrajecten zich te verzetten tegen de inzet van ondersteunende software. De Raad accepteert ook de gebruikte normaalwaarden in het systeem, maar hecht daarbij expliciet waarde aan de gebruiksinstructie waarin mogelijkheden worden genoemd om handmatig aanpassingen te doen in de functieselectie of bij belastbaarheidsaspecten aanvullende voorwaarden te stellen.

Wel achtte de CRvB de eerste versie van het CBBS gebrekkig omdat de wijze van totstandkoming van de schatting minder inzichtelijk, verifieerbaar en toetsbaar was dan bij een schatting met behulp van het oude systeem, het FIS. Interessant is dat het CBBS juist is ontwikkeld als reactie op het FIS, waarin een verzekeringsarts op 28 aspecten de mate van beperking van betrokkene moest aangeven. Daarop kwam vanuit verzekeringsartsen de kritiek dat dit systeem veel meer objectiviteit suggereerde dan (professioneel) verantwoord was en waardoor onverklaarbaar grote afwijkingen ontstonden in de oordelen van artsen.<sup>44</sup> Het CBBS moest meer recht doen aan de complexe beoordeling. Waar het tot meer nuance moest leiden, is het resultaat dat het programma voor de

---

40 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 28 333, nr. 72.

41 Deze zijn herkenbaar aan een SBC-code (Standaard Beroepen Classificatie).

42 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 28 333, nr. 72.

43 CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4719, AB 2004/462, m.nt. F.J.L. Pennings, *USZ* 2004/353, m.nt. P.S. Fluit.

44 Zie de noot van Pennings, aant. 1 onder CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4719, AB 2004/462.

burger en de rechter minder transparant is. Het UWV werd opgedragen om binnen een bepaalde termijn het CBBS aan te passen om het systeem voor zowel de betrokkene als de rechter beter controleerbaar te maken.<sup>45</sup> Hoewel de Centrale Raad weinig expliciet is over de bestuursrechtelijke normen waaruit deze bezwaren voortvloeien, hanteert hij het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel als vernietigingsgrond.

De Centrale Raad lijkt hiermee vooral kritisch te zijn op de derde functie van het CBBS om 'naar buiten toe' inzichtelijk te maken waar het deskundige arbeidsongeschiktheidsoordeel op is gebaseerd.<sup>46</sup> Ook in latere rechtszaken staat de motivering van op basis van het CBBS gegeven oordelen centraal. Opvallend is dat rechtbanken in eerste aanleg soms nog verder wilden gaan in het verantwoorden van het beslissysteem, zoals de motiveringseis om uit te leggen hoe frequent een bepaalde handeling binnen de normaalwaarden kan worden verricht.<sup>47</sup> Zo ver wil de Raad niet gaan. Het CBBS is uiteindelijk niet meer dan een hulpmiddel. Het is de arbeidsdeskundige die, eventueel na overleg met de verzekeringsarts, steeds tot een toereikend gemotiveerd eindoordeel moet komen.<sup>48</sup>

Wat opvalt aan deze casus is dat vanuit de medische expertise een nieuw ondersteunend systeem wenselijk werd geacht, omdat het oude systeem een overnauwkeurigheid vroeg die professioneel niet verantwoord was. Het FIS scoorde daarom laag op rationaliteit, maar hoog op controleerbaarheid. Het CBBS daarentegen versterkt de rationaliteit, omdat het vanuit de verzekeringsgeneeskundige en arbeidskundige kant methodisch bruikbaar is dan het FIS (en bijvoorbeeld meer recht doet aan psychische problematiek). Ook genereert het CBBS meer informatie over de verschillen tussen beoordelingen per regio, kantoor of medewerker.<sup>49</sup> Tegelijkertijd boet het CBBS in aan controleerbaarheid van de individuele beoordeling, omdat de geautomatiseerde analyse nog handmatige bewerking vergt.

De controleerbaarheid van de arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen blijft tot debat bij de rechter leiden, vooral op basis van het beginsel van *equality of arms*. Regelmatig betogen betrokkenen dat daar strijd mee is, omdat zij niet in staat zijn het gebruikte systeem danwel andere aspecten van deskundigenadvisering te betwisten. De Centrale Raad wijst echter de grond van de hand dat betrokkene over alle data uit het CBBS systeem zou moeten kunnen beschikken of toegang zou moeten krijgen tot het systeem zelf.<sup>50</sup> Wel moet het Uwv, vergelijkbaar met de PAS-uitspraak, bij een gemotiveerde

---

45 CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9971, *USZ* 2006/309, m.nt. M. Koolhoven; CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9976, *SR* 2006/81, m.nt. A.C. Damsteegt. Zo moest er een voor belanghebbende en rechter zichtbare signalering komen bij geselecteerde functies die mogelijk de belastbaarheid van betrokkene overstegen.

46 Zie hierover ook de annotatie van Van Eck bij ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck.

47 Zie de annotaties bij CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9971, *USZ* 2006/309, m.nt. M. Koolhoven; CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9976, *SR* 2006/81, m.nt. A.C. Damsteegt.

48 CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9971, *USZ* 2006/309, m.nt. M. Koolhoven. Zie ook CRvB 1 februari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC3237, *RSV* 2008/52.

49 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 28 333 nr. 72.

50 CRvB 10 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:183; CRvB 13 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:606.

beroepsgrond de ‘standaardinvoergegevens’ van het systeem verstrekken, zoals gegevens over de actualisering van het functiebestand.<sup>51</sup>

## 4 De deskundige mens

### 4.1 Deskundigenadvisering

In tegenstelling tot het jonge toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming bestaat voor deskundigenadvisering al jaren min of meer hetzelfde stramien. Het algemene toetsingskader richt zich op de normen van zorgvuldigheid, motivering, onpartijdigheid en steeds meer op *equality of arms*. De kern van de toetsing door de bestuursrechter ligt in de vraag of het bestuursorgaan zijn vergewisplicht heeft vervuld.<sup>52</sup> Het bestuursorgaan dient te controleren of de deskundige onpartijdig en voldoende deskundig is, of het deskundigenadvies niet gebrekkig tot stand is gekomen en - tot op zekere hoogte - of de inhoud van het advies deugdelijk is.<sup>53</sup> Daarnaast is het beginsel van *equality of arms* onder artikel 6 EVRM een steeds nadrukkelijker stempel op de beoordeling gaan drukken. Bij deskundigenbewijs betekent dit onder andere dat partijen de mogelijkheid moeten hebben om effectief op deskundigenrapporten te reageren, eventueel met behulp van een tegenrapport, als een deskundigenadvies een zwaarwegende invloed heeft op de beslissing van de rechter.<sup>54</sup>

We bezien in twee casus hoe dit zeer globale toetsingskader uitwerkt en zich verhoudt tot waarden als rationaliteit en accountability. We hebben gekozen voor planschadetaxaties (in 4.2), omdat deze adviezen grote invloed hebben op het besluitvormingsproces over tegemoetkomingen in planschade,<sup>55</sup> de vaststelling enige parallellen vertoont met de WOZ-beschikking en de bestuursrechter hier expliciet erkent dat een taxatie gedeeltelijk subjectief is. Vervolgens gaan we in op de medische screening bij asielzaken (in 4.3). Daar speelt de advisering een meer ondersteunende rol voor het kunnen waarderen van de mondelinge verklaringen en is de aangewende expertise meer organisatorisch ingebed. Voor beide casus geldt dat de Afdeling de eisen recent heeft aangescherpt.

### 4.2 Planschadetaxaties bij onroerende zaken

In tegenstelling tot de taxatie van de WOZ-waarde komen planschadetaxaties niet geautomatiseerd tot stand, maar (enkel) met behulp van een deskundige. Bij planschade draait het om de vraag of, en zo ja in hoeverre, een aanvrager bij een wijziging van het

---

51 CRvB 10 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:183.

52 Artikel 3:9 Awb of afgeleid uit artikel 3:2 Awb. Zie ook M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, p. 718.

53 Zie hiervoor recent: I.S. Ouweland, 'Deskundigenadvisering in de bestuurlijke fase - het toetsingskader van de bestuursrechter onder de loep', *www.rechtenoverheid.nl* 2019, p. 1-53; L.M. Koenraad, 'Deskundigen in het Nederlands bestuursrecht. Rechterlijke controle van bestuursoptreden dat op deskundigenadvisering is gebaseerd', in: I. Opdebeek e.a., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - preadviezen 2017*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 93-98.

54 Zie bijvoorbeeld EHRM 18 maart 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4449 (Mantovanelli), *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders.

55 G.M van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht (preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht)*, nr. 43, 2015, p. 86.

planologische regime recht heeft op een tegemoetkoming voor bijvoorbeeld de waardevermindering van een woning. Bij de beoordeling van aanvragen is het gebruikelijk dat het bestuursorgaan een externe deskundige inschakelt.<sup>56</sup> De ratio hierachter is dat advisering enerzijds nodig is om het besluit zorgvuldig voor te bereiden als het bestuursorgaan zelf de specifieke deskundigheid mist en anderzijds om te faciliteren dat de aanvrager eenvoudig toegang heeft tot een onafhankelijke deskundige.<sup>57</sup>

De taak van de deskundige bestaat onder andere uit de taxatie van de omvang van de schade.<sup>58</sup> De maatstaf daarvoor is welke prijs een redelijk denkend en handelend koper voor de onroerende zaak zou hebben geboden onmiddellijk voor de inwerkingtreding van het nieuwe planologische regime en op het tijdstip direct daarna, uitgaande van wat maximaal op grond van het oude en nieuwe planologische regime kan worden gerealiseerd.<sup>59</sup> Verschillende kenmerken van het planschaderecht maken deze taxatie complex.<sup>60</sup> Zo is de feitelijke situatie in beginsel niet van belang, maar wordt uitgegaan van een vergelijking van wat *maximaal* op grond van het oude en het nieuwe planologische regime kan worden gerealiseerd, ongeacht of verwezenlijking heeft plaatsgevonden.<sup>61</sup> Dit kenmerk is één van de belangrijkste redenen waarom een waardedaling op grond van de WOZ niet volstaat om de omvang van de planschade vast te stellen, want daar is vooral de feitelijke situatie leidend.<sup>62</sup> Een ander complex element is dat de waardebeoordelingen moeten worden geobjectiveerd en gerelativeerd. Alleen de door de planologische maatregel veroorzaakte verslechtingen worden meegewogen (zoals verlies van uitzicht of lichtinval) en dan alleen voor zover deze verslechtingen zien op objectief te verwachten, ruimtelijke gevolgen van het planologische regime.<sup>63</sup> Subjectieve elementen als negatieve gevoelswaarden of onbestemde angsten spelen geen rol.<sup>64</sup> Deze complexiteit heeft geleid tot de kritiek dat de tegemoetkoming in planschade 'is losgezongen van de ervaringswereld van burger en overheid'<sup>65</sup> en is een belangrijke stimulans om in de

56 Dat is vooralsnog wettelijk verplicht, art. 6.1.3.2 Besluit ruimtelijke ordening. In de toekomstige Omgevingswet lijkt dit niet meer het geval. Zie ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2893 (*Helmond II*), *Gst.* 2018/32, m.nt. P.C.M. Heinen, aant. 5 en T. ten Have & J.J. Thoonen, 'De rol van de externe deskundige bij nadeelcompensatie in de Omgevingswet', *O&A* 2017/66.

57 B.P.M. van Ravens, 'Over de onafhankelijke deskundige in procedures over overheidsaansprakelijkheid', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 186-188.

58 Artikel 6.1.3.4 Besluit ruimtelijke ordening.

59 ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582 (hierna: overzichtsuitspraak), r.o. 4.6. Zie voor een mogelijk andere lijn in de jurisprudentie van de Afdeling: ABRvS 14 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1580 en ECLI:NL:RVS:2017:1579, *BR* 2017/75 en *BR* 2017/76, m.nt. J.W. van Zundert.

60 B.P.M. van Ravens, 'Het is eigenlijk heel eenvoudig... Abstraheren, maximaliseren, objectiveren, relateren, toerekenen en taxeren bij het beoordelen van planschade', in: A.A.J. de Gier & G.T.M. Jurgens (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 131-148 en S. Berns, 'De planschadetaxatie', *PRO* 2016/84.

61 Overzichtsuitspraak planschade, r.o. 2.1.

62 N.A. Boerties, 'Waardevermindering in het kader van planschade en WOZ: één enkele tweelingen of verre familie?', *Praktijk omgevingsrecht* 2017, afl. 2, p. 60-64. Zie nog recent een bevestiging in: ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:870, r.o. 6.

63 Overzichtsuitspraak planschade, r.o. 2.11 en 2.12.

64 Zelfs al is schade aantoonbaar, zie bijvoorbeeld ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1752 en Overzichtsuitspraak planschade, r.o. 2.12.

65 Van Ravens 2011, p. 132.

Omgevingswet te zoeken naar een systeem dat meer aansluit bij wat in werkelijkheid verandert in de fysieke leefomgeving.<sup>66</sup>

Belanghebbenden gaan regelmatig tegen planschadebesluiten in beroep, waarbij zowel gronden tegen de taxatiemethode als tegen de persoon van de deskundige worden gericht. Deskundigenadviezen kunnen fors van elkaar verschillen door de grote mate van 'vrijheid' die de deskundige heeft om op basis van kennis, ervaring en intuïtie taxatiemethodes te kiezen en in te schatten welke waardedaling reëel is. De meest gebruikelijke methode voor het taxeren van woningen is de vergelijkingsmethode, waarbij de deskundige de geschatte waarde vóór de planologische wijziging vergelijkt met die van ná de planologische wijziging aan de hand van referentieobjecten in de markt.<sup>67</sup> Er zijn echter ook alternatieve methoden, zoals de (vanwege zijn schijnbare objectiviteit omstreden) schadefactorenmethode. Deze methode komt erop neer dat vanuit één geschatte waarde de andere waarde wordt beredeneerd door schadefactoren te wegen en deze weging te koppelen aan een waarderingsverminderingspercentage.<sup>68</sup> Zowel de keuze voor een bepaalde methode als de toepassing daarvan kan leiden tot een verschillende omvang van de schade, wat willekeurig kan overkomen op de burger.

Hoe toetst de Afdeling deze taxaties? De standaardoverweging van de Afdeling is dat het bestuursorgaan van een advies mag uitgaan als daarin door een onafhankelijke en onpartijdige deskundige op objectieve wijze verslag is gedaan van het door deze deskundige verrichte onderzoek en op inzichtelijke wijze is aangegeven welke feiten en omstandigheden aan de conclusie ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies niet onbegrijpelijk zijn, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan naar voren zijn gebracht.<sup>69</sup> De Afdeling benadrukt dat de waardering van onroerende zaken niet slechts door het toepassen van een taxatiemethode plaatsvindt, maar dat daarbij ook kennis, ervaring en intuïtie van de desbetreffende deskundige een rol speelt.<sup>70</sup> Deze schattingen vragen zorgvuldig maatwerk, afgestemd op lokale omstandigheden en marktverhoudingen, wat moeilijk in een (algoritmische) formule te vangen is.<sup>71</sup> Het gaat erom dat de deskundige binnen een bepaalde bandbreedte is gebleven en het bestuursorgaan zich in redelijkheid op het advies heeft kunnen baseren.<sup>72</sup> Wel is de Afdeling strengere eisen gaan stellen aan de persoon van de deskundige, waarbij de schijn van partijdigheid moet worden voorkomen.<sup>73</sup>

---

66 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 24 (MvT Invoeringswet Omgevingswet).

67 Bijvoorbeeld P.A.H.M. Willems, 'Planschade: een vermindering van de waarde van een onroerende zaak (2)', *StAB* 2016, afl. 4, p. 9 en S. Berns, 'De planschadetaxatie', *PRO* 2016/84.

68 Zie discussie over deze methode in: A. Nentjes, 'Over de juiste raming van bestemmingsplanschade', *NJB* 2008/1857; B.P.M. van Ravens, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2009/4, p. 23-24; A. Nentjes, 'Planschade: het adviesbureau, de taxatiedeskundige en de rechter', *NTB* 2010/6; L.A. van Montfoort, 'Planschade; adviesbureaus en taxatiemethoden', *NTB* 2010/17, p. 93-95.

69 Overzichtsuitspraak planschade, r.o. 8.3.

70 Overzichtsuitspraak planschade, r.o. 8.11.

71 L.A. van Montfoort, 'Planschade; adviesbureaus en taxatiemethoden', *NTB* 2010/17, p. 95.

72 ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3052; overzichtsuitspraak planschade, r.o. 8.11.

73 Overzichtsuitspraak planschade, r.o. 8.2; ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1970, *AB* 2016/454, m.nt. J.H.M. Huijts.



De planschadetaxatie scoort relatief laag op rationaliteit en op inzichtelijkheid en controleerbaarheid van het advies. De inschatting van de schade kan sterk verschillen naar gelang de gekozen methode en deskundige, wier kennis, ervaring en intuïtie een rol mogen spelen. Noch de methode, noch de deskundigheid zijn uitgebreid ingebed in wetenschappelijke analyses of normen vanuit een beroepsgroep. Een planschadetaxateur is geen beschermde titel en kwalificatie-eisen ontbreken.<sup>74</sup> Waar we een dergelijke lage score op rationaliteit en inzichtelijkheid van een algoritmisch beslissysteem waarschijnlijk niet zouden accepteren, doen we dat wel in deze casus bij de adviserende mens. Wel eist de Afdeling dat de gedachtegang van de taxateur duidelijk en voldoende controleerbaar is.<sup>75</sup> Dit uit zich in motiveringseisen. Zo bepaalde de Afdeling dat het verschil tussen de WOZ-waarde en de planschadetaxatie moet worden uitgelegd, als dit verschil aanzienlijk is.<sup>76</sup> Ook moet bijvoorbeeld de gebruikte methode worden onderbouwd en moeten, in het geval van de vergelijkingsmethode, de referentieobjecten genoemd (kunnen) worden.<sup>77</sup> Het beginsel van *equality of arms* krijgt minder nadruk en het leveren van tegenbewijs is niet eenvoudig, zeker omdat een contra-expertise met een afwijkende waardebepaling door de subjectieve elementen niet als vanzelf tot de conclusie leidt dat het door het bestuursorgaan ingewonnen advies gebrekkig was.<sup>78</sup>

#### 4.3 Medische screening voor het gehoor in asielzaken

Waar de planschadetaxatie een vrij beroep is, is het artsenvak dat allerminst. In verschillende besluitvormingsregimes is medische expertise nodig, waarvoor een arts verantwoordelijkheid moet nemen. De medische deskundige is bij uitstek de expert voor wie strenge registratie- en opleidingseisen gelden, die zich moet houden aan de normen van de beroepsgroep op straffe van tuchtrechtelijke maatregelen en wier vakgebied streeft naar rationaliteit en *evidence-based medicine*. Achter de adviserende mens zit een stevig 'systeem'. Zorgt dat voor aan andere toetsingswijze door de bestuursrechter? Wij geven een eerste aanzet met een casus naar de medische screening voor het gehoor in asielzaken.

In een asielprocedure moet de IND namens de staatssecretaris beslissen op een aanvraag voor een verblijfsvergunning.<sup>79</sup> Deze besluiten leunen sterk op wat de vreemdeling zelf over zijn of haar situatie verklaart, omdat *objectief* bewijsmateriaal over de herkomst, achtergrond, identiteit en vluchtmotieven van de asielzoeker veelal ontbreekt.<sup>80</sup> IND-beslisambtenaren waarden het beschikbare bewijsmateriaal en beoordelen of de verklaringen van de asielzoeker geloofwaardig zijn. Een belangrijke voorwaarde voor ge-

---

74 B.P.M. Van Ravels, 'Deskundigenadvisering bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2015/88, p. 165-167.

75 Zie bijvoorbeeld recent: ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:720, r.o. 9.2.

76 Zie bijv. ABRvS 16 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7718 en ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1402.

77 Zie ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6374, r.o. 2.4.1 en J.W. van Zundert, T&C Ruimtelijk bestuursrecht, commentaar op artikel 6.1 Wet ruimtelijke ordening.

78 Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1663, r.o. 8.1.

79 Zie de rechtsgronden voor verlening in artikel 29 Vw 2000.

80 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, *De geloofwaardigheid gewogen. Een advies over het onderzoeken, integraal beoordelen en toetsen van verklaringen in de asielprocedure*, Den Haag: ACVZ 2016, p. 21.



loofwaardigheid is dat de verklaringen van de asielzoeker samenhangend en aannemelijk worden bevonden en niet in strijd zijn met beschikbare relevante informatie.<sup>81</sup>

Vanwege de invloed van deze verklaringen op het besluit, is van groot belang om vroegtijdig te onderzoeken of de asielzoeker in staat is om coherent te verklaren of dat medische of psychische beperkingen dit belemmeren.<sup>82</sup> Daarom is sinds 2010 een vast onderdeel van de asielprocedure dat de asielzoeker voorafgaand aan het gehoor de mogelijkheid krijgt zich medisch te laten onderzoeken.<sup>83</sup> Nadat tussen 2010 en 2015 MediFirst de medische screening uitvoerde, heeft in 2015 de Forensisch medische maatschappij Utrecht (FMMU) de opdracht voor deze screening gegund gekregen. Deze wisseling van de wacht is omstreden, omdat FMMU won door een betere score op prijs maar een lagere score op kwaliteit dan MediFirst.<sup>84</sup> De medische screening van FMMU resulteert in een ‘medisch advies horen en beslissen’ dat objectieve informatie<sup>85</sup> moet bevatten voor IND-medewerkers om rekening mee te houden tijdens het gehoor en bij de interpretatie ervan in de beslissing.<sup>86</sup>

Volgens de Afdeling mag de staatssecretaris ervan uitgaan dat een FMMU-advies, dat is opgesteld conform het Protocol Medisch advies Horen en Beslissen (het protocol), voldoet aan de vanuit het oogpunt van vakkundigheid te stellen eisen.<sup>87</sup> Dit protocol beschrijft de werkwijze van FMMU en bevat scholings- en ervaringseisen voor het personeel. Een verpleegkundige doet eerst onderzoek naar de medische situatie van de asielzoeker aan de hand van een (gefixeerd) onderzoeksformulier.<sup>88</sup> Na dit onderzoek kan de verpleegkundige zelf een advies opstellen of de asielzoeker doorverwijzen naar een bij FMMU werkzame arts. De arts draagt de eindverantwoordelijkheid voor het onderzoek en het advies en zal het formulier en advies in alle gevallen moeten controleren en ondertekenen. Alleen het advies wordt vervolgens in het procesdossier gevoegd. Zowel de verpleegkundigen als de artsen moeten ingeschreven zijn in het BIG-register en jaarlijks deelnemen aan onderwijsmodules en actualiteitenbijeenkomsten.<sup>89</sup> De arts moet daarnaast ingeschreven zijn bij de Registratie Commissie Specialisten.

Als het advies conform dit protocol is opgesteld én het advies ook nog inzichtelijk en concludent is, heeft de staatssecretaris aan zijn vergewisplicht voldaan.<sup>90</sup> Het daarop

---

81 Artikel 31, zesde lid, onder c, Vw 2000 gebaseerd op artikel 4, vijfde lid, Definitierichtlijn (Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011).

82 Zie over deze belemmeringen bijvoorbeeld E.J.J.M. Bloemen & K.M. Zwaan, “‘Medisch beperkt’ in asiel. Medische en psychische problemen in de asielprocedure en de mogelijkheden van werkinstructie 2010/13’, *A&MR* 2011, afl. 9, p. 398-406.

83 Artikel 3.109, lid 6, Vreemdelingenbesluit 2000.

84 A.M. Reneman, *Identification of asylum seekers with special reception and procedural needs in the Dutch asylum procedure*, VU Migration Law Series no. 16, september 2018, p. 54. Zie ook de rechtszaken van MediFirst: Rb. Den Haag (voorzieningenrechter), 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13392 en Hof Den Haag, 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3758.

85 Volgens het protocol mag het advies geen subjectieve beoordelingen bevatten.

86 IND-werkinstructie nr. 2010/13.

87 ABRvS 28 mei 2015: ECLI:NL:RVS:2015:1783, r.o. 3.3, *AB* 2015/290, m.nt. R.W.J. Severijns en ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, r.o. 8.1, *AB* 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks.

88 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, r.o. 4, *AB* 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks. Zie ook Reneman 2018, p. 67.

89 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, r.o. 4.1, *AB* 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks.

90 ABRvS 28 mei 2015: ECLI:NL:RVS:2015:1783, r.o. 3.3, *AB* 2015/290, m.nt. R.W.J. Severijns.

gebaseerde besluit is dan in beginsel in overeenstemming met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel genomen. De inhoud van het FMMU-advies kan alleen worden betwist door middel van een andersluidend deskundigenadvies. In de praktijk komen dergelijke tegenonderzoeken regelmatig van het instituut Mensenrechten en Medisch Onderzoek (iMMO).

Tot voorkort accepteerde de Afdeling dat de staatssecretaris op dit punt geen waarde toekende aan de rapporten van iMMO, omdat iMMO-onderzoeken enige tijd ná de gehoren worden verricht.<sup>91</sup> Dit leidde tot onvrede, omdat tegenbewijs leveren op deze manier vrijwel onmogelijk was.<sup>92</sup> Hoewel de Afdeling de spanning met het beginsel van *equality of arms* niet noemt, wijzigt zij in 2018 haar jurisprudentie: de staatssecretaris kan concludente en inzichtelijke iMMO-rapporten niet links laten liggen met het argument dat zij door het enkele tijdsverloop niet betrouwbaar zijn.<sup>93</sup> Ook stelt de Afdeling dat de staatssecretaris een medisch deskundige moet raadplegen - of op zijn minst moet motiveren waarom hij deze niet raadpleegt - als het iMMO-rapport concludeert dat psychische problematiek zeer waarschijnlijk het verklarende vermogen van de asielzoeker heeft beïnvloed, mits het rapport aan enkele voorwaarden voldoet.<sup>94</sup> Zo moet het rapport bijvoorbeeld expliciteren op welke onderdelen van het asielrelaas de beperking van het vermogen om consistent en coherent te verklaren, invloed heeft gehad.

De Afdeling laat zich in deze uitspraak opvallend uitgebreid voorlichten over de werkwijze van zowel FMMU als van het iMMO. Voor de benodigde vakkundigheid en zorgvuldigheid van FMMU hecht de Afdeling vooral aan de personeelseisen in het Protocol en de consistente werkwijze waarbij de arts steeds controleert.<sup>95</sup> De sterke inbedding van het medisch oordeel maakt dat gemakkelijk aan het zorgvuldigheid- en motiveringsbeginsel kan worden voldaan en dat het deskundigenoordeel in beginsel hoog scoort op rationaliteit. De Afdeling blijft echter weg van de toetsing van de *kwaliteit* van de adviezen, terwijl op de hierboven genoemde punten sinds de overgang van MediFirst naar FMMU wel kritiek is.<sup>96</sup> Het niveau van het personeel is lager dan bij MediFirst en naleving van de bijscholingsverplichtingen wordt niet gecheckt.<sup>97</sup> De onderzoeken door de verpleegkundige lijken korter dan bij MediFirst en aanzienlijk minder vaak wordt een arts erbij gehaald.<sup>98</sup> Bovendien zouden FMMU-adviezen vaak te oriënterend van aard zijn om de complexe problematiek op te sporen en te weinig instructief voor IND-medewerkers door 'vage' of subjectieve omschrijvingen.<sup>99</sup> De standaarden waaraan iMMO-rapporten daarentegen moet voldoen lijken hoger, omdat deze rapporten altijd moeten worden opgesteld door artsen en zij de asielzoeker gemiddeld vier uur onder-

91 ABRvS 28 mei 2015; ECLI:NL:RVS:2015:1783, r.o. 3.5, AB 2015/290, m.nt. R.W.J. Severijns.

92 Zie hierover uitgebreid: Reneman 2018, p. 15-80 en 194-196.

93 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, r.o. 8.5, AB 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks, het tijdsverloop is niet doorslaggevend omdat de conclusies in het iMMO-rapport alleen worden gebaseerd op medische informatie uit de periode van de gehoren.

94 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, r.o. 8.5, AB 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks.

95 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, r.o. 8.1, AB 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks.

96 Zie Hendriks in zijn annotatie onder AB 2018/373, aant. 7.

97 Reneman 2018, p. 62.

98 Reneman 2018, p. 70.

99 E. Bloemen & M. Kollen, 'Bewijs geleverd. Medisch steunbewijs en medische beperkingen in asiel', JNVR 2015/27, p. 64; Reneman 2018, p. 77-80.

zoeken.<sup>100</sup> Dit illustreert dat niet alleen in een algoritmisch beslissysteem beleidsmatige keuzes worden ingebouwd die de inhoud van een waardeoordeel mede bepalen, maar ook bij menselijke advisering. Bij de overgang van MediFirst naar FMMU is rationaliteit afgewogen tegen uitvoeringskosten en snelheid. Overigens blijft de Afdeling niet helemaal weg bij de inhoudelijke kant van de aangewende expertise; zij verlangt dat de contra-expert specifiek duidt op welke verklaring de psychische problematiek invloed heeft gehad. Dat is voor een inzichtelijk juridisch debat met bewijs en tegenbewijs prettig, maar het is de vraag of de deskundige zo een specifiek oordeel vanuit zijn wetenschapsgebied voor zijn rekening kan nemen.<sup>101</sup> Juridische eisen kunnen ook afbreuk doen aan rationaliteit.

## **5 Rationaliteit en accountability van de adviserende mens en machine**

### **5.1 Toetsingskaders vergeleken**

In de voorgaande paragrafen hebben we in enkele casus laten zien aan de hand van welke normen de bestuursrechter het deskundigenoordeel en het beslissysteem benadert. Het zorgvuldigheids- en motiveringbeginsel en het beginsel van gelijke processuele kansen krijgen de nadruk, ingevuld en toegepast op de specifieke kenmerken van elke casus. De gemene deler is dat door hulpmiddelen van deskundigenadvisering en beslissystemen een bestuursorgaan de rationaliteit van een beslissing kan verhogen,<sup>102</sup> maar óf dat daadwerkelijk geschiedt voor de rechter bijzonder lastig valt vast te stellen. De bestuursrechter stapt dan al snel over naar meer procedurele waarborgen. In onze casus zien we bij deskundigenadvisering vooral aandacht voor de geprotocolleerde werkwijze en personeelseisen, als ook een voorzichtige poging om bewijslevering beter mogelijk te maken (bij FMMU), en aandacht voor onpartijdigheid (bij planschade). Bij de deskundige beslissystemen trekt de rechterlijke aandacht naar de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de gemaakte beoordeling. Vanuit dit perspectief is kruisbestuiving mogelijk bij de normering van advisering door algoritmes dan wel deskundigen.<sup>103</sup>

### **5.2 Rationaliteit en het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel**

De inzet van deskundigenadvisering en beslissystemen om de rationaliteit van een beslissing te verhogen is vanuit de beginselen van behoorlijk bestuur wenselijk. Een bestuursorgaan moet immers zorgdragen voor een zorgvuldige vaststelling en kwalificatie van de feiten. Het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel vergen dat die beoordeling zo geobjectiveerd mogelijk en consistent plaatsvindt. Zowel de deskundige als het beslissysteem kan overtuigend invulling geven aan die eisen.

---

100 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2086, r.o. 5.1, AB 2018/373, m.nt. A.C. Hendriks

101 Zie bijvoorbeeld iMMO, nieuwsbrief nr. 27, 10 december 2018, te raadplegen op: stichtingimmo.nl.

102 *PG Awb I*, p. 216-217; *Stcrt.* 2018, nr. 50 999 (Advies Raad van State betreffende digitalisering), p. 7.

103 Vgl. Wolswinkel bij een VAR-studiemiddag: M.J. Verzo, 'Bestuursrechtelijke uitdagingen in een data-gestuurde samenleving', *NTB* 2018/74, p. 479-480.

Over de band van objectiviteit kunnen beslissystemen op het eerste gezicht de voorkeur hebben boven individuele deskundigenadviezen. Breed geaccepteerd is dat algoritmes menselijke prestaties op sommige punten kunnen overtreffen.<sup>104</sup> Zo kunnen algoritmes een grote dataset over het algemeen beter analyseren op patronen en correlaties en beter leren van fouten. Van de uitkomsten van een algoritme kan handmatig of via *machine-learning* een analyse worden gemaakt van de ‘false positives’ en ‘false negatives’, waarna het systeem kan worden aangepast. Deskundige mensen daarentegen kunnen maar lastig leren van fouten.<sup>105</sup> ‘Humans struggle to correct patterns of ineffective or biased decisions, often due to the lack of meaningful feedback, whereas algorithms are specifically designed to learn through error.’<sup>106</sup> Vanuit dat gezichtspunt is het lastig te begrijpen waarom bij de WOZ-waardevaststelling gedurende de procedure naar een meer subjectieve vaststelling wordt overgestapt.

Ook op het gebied van consistentie lijkt het algoritmische beslissysteem aan de winnende hand. Het consistent toepassen van algemene (beslis)regels geeft op het niveau van het systeem gelijkheid en levert voor beleid belangrijke informatie op over de feitelijke uitvoering.<sup>107</sup> Dat benadrukte de minister destijds ook in de Tweede Kamer toen het CBBS ter discussie stond. Het systeem maakt meer inzichtelijk of de claimbeoordelingen per regio, kantoor of medewerker verschillen en genereert zo informatie aan de hand waarvan beleid kan worden bijgesteld.<sup>108</sup> Dit is een voordeel ten opzichte van bijvoorbeeld de planschadepraktijk waarin consistente advisering door gebrek aan informatie en de focus op (lokaal) maatwerk lastig is.<sup>109</sup>

Toch ligt het genuanceerder. Het neutrale jargon van geautomatiseerde besluitvorming kan ook schijnobjectiviteit opleveren, omdat het verhult dat hierin allerlei onzekerheden en keuzes zijn verdisconteerd. Techniek is niet neutraal. Voor de ontwikkeling van het systeem moet de systeemontwikkelaar een doel formuleren, datasets selecteren, variabelen kiezen en getalsmatig duiden en een model bouwen, waarin wettelijke kaders en beleid worden omgezet in zwart-wit redeneringen.<sup>110</sup> Bij al deze elementen kunnen bewust of onbewust onzuivere of onjuiste keuzes worden gemaakt, wat ten koste gaat van de accuraatheid en doelmatigheid van het beslissysteem. Ook kunnen datasets zelf gebiased zijn, waardoor de uitkomsten uit het systeem dat ook zijn en kunnen discrimineren.<sup>111</sup> In dat opzicht verschilt geautomatiseerde besluitvorming niet fundamenteel van deskundigenadvisering. In beide gevallen worden beleidsmatige keuzes gemaakt en moeten bijvoorbeeld mechanismen worden ingebouwd om fouten te kunnen corrigeren

104 Bijv. R.H. Sloan & R. Warner, 'When is an Algorithm Transparent? Predictive Analytics, Privacy and Public Policy', *IEEE Security & Privacy* 2018, afl. 3, p. 18-25.

105 Behalve als mensen in een voorspelbare omgeving kunnen oefenen en feedback ontvangen, volgens D. Kahneman, *Ons feilbare denken (Thinking, fast and slow)*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2015, p. 254-255.

106 Oswald 2018, p. 15.

107 *Sicr.* 2018, nr. 50 999 (Advies Raad van State betreffende digitalisering), p. 3.

108 *Kamerstukken II* 2005/06, 28 333, nr. 72.

109 Zie voor een zeldzaam geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel: ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3185, *Gst.* 2019/21, m.nt. J.W. van Zundert.

110 Zie o.a. Diakopoulos 2016, p. 56-62.

111 Zie nader Max Vetzo, Janneke Gerards & Remco Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Bju 2018; F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making* (rapport Raad van Europa), Straatsburg 2018, p. 10-12.

en neutraliteit (van betrokken softwareontwikkelaars, programmeurs, ambtenaren of deskundigen) te waarborgen, zoals bij deskundigenadvisering al gebeurt door normen over onpartijdigheid.

Dit leidt tot een tweede nuance, die ziet op de verschuiving van het niveau van de individuele beoordeling naar het systeemniveau.<sup>112</sup> Negatief is dat de uniformerende werking van systemen oneerlijk kan uitwerken in het individuele geval, waartegen een burger lastig op kan komen en waarbij de menselijke maat soms verdwijnt.<sup>113</sup> Positief daarentegen is dat meer aandacht voor de waarborgen op systeemniveau een impuls kan geven aan de rechterlijke toetsing van individuele besluiten gebaseerd op deskundigenadvisering.<sup>114</sup> Bestaan in een bepaalde discipline 'systeemnormen' om fouten in beoordelingen te detecteren, dan versterkt dat de mate van deugdelijkheid van de adviezen. Zijn er bijvoorbeeld (evidence-based) protocollen voor de beroepsgroep, opleidingseisen en een tuchtrechtregime, dan vergroot dat de kans dat 'false positives' en 'false negatives' in de beoordelingen worden gecorrigeerd.<sup>115</sup> De rechter zou deze factoren kunnen verdisconteren in de intensiteit waarmee hij deskundigenoordelen toetst. Gedeeltelijk zie je dat bij de FMMU-casus, waarin de bestuursrechter de geprotocolleerde beoordeling toetst en overigens ook de tuchtrechter zich bezighoudt met beoordelingen van FMMU-personeel.<sup>116</sup> Zijn er weinig systeemnormen en krijgt het deskundigenadvies in de besluitvorming veel gewicht, dan vraagt de selectie en werkwijze van de deskundige bijzondere rechterlijke aandacht.

Een belangrijke vervolgvraag is welke beoordelingen zich lenen voor algoritme-gedreven besluitvorming. Algoritmes in het publieke domein lijken thans vooral toegepast te worden om risicoanalyses uit te voeren in het toezichtstraject.<sup>117</sup> Risicoanalyses hebben echter veel bredere potentie, ook in het kader van vergunningverlening. Zo kan voor een verlenging van een rijbewijs een risicoanalyse worden gebruikt om de rijvaardigheid van iemand boven een bepaalde leeftijd in te schatten op basis van rijgedrag in de afgelopen jaren.<sup>118</sup> Bij een ontheffing van de Flora- en Faunawet zou een risicoanalyse het effect van de ontheffing op de instandhouding van de soort kunnen aangeven. De

---

112 *Stcrt.* 2018, nr. 50 999 (Advies Raad van State betreffende digitalisering), p. 5; B.M.A. van Eck, M.A.P. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101, p. 3010.

113 *Stcrt.* 2018, nr. 50 999 (Advies Raad van State betreffende digitalisering), p. 5; A. Tollenaar, 'ICT en de uitdagingen voor de menselijke maat', in: A.T. Marseille & L. van der Velden (red.), *Verdient vertrouwen, vertrouwen verdient: Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Sdu uitgevers 2014, p. 120-129.

114 Zie hierover ook Oswald 2018, p. 6.

115 Deskundigheid is namelijk ook iets collectiefs, gebaseerd op gedeelde kennis, waarden en methoden, zie M. Ambrus e.a., 'The role of experts in international and European Decision-making processes: setting the scene', in: M. Ambrus e.a. (eds.), *The Role of 'Experts' in International Decision-Making Processes: Advisors, Decision Makers or Irrelevant Actors?*, Cambridge University Press 2014, p. 12.

116 Zie bijvoorbeeld CTG 17 april 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:107, waarin een FMMU-verpleegkundige een waarschuwing kreeg voor het onvoldoende uitvragen van psychische klachten.

117 S. Doove & D. Otten, *Verkenkend onderzoek naar het gebruik van algoritmen binnen overheidsorganisaties*, Den Haag: CBS 2018.

118 Liefst op basis van data afkomstig van de elektronische auto waarmee hij of zij de afgelopen jaren heeft gereden. Vgl. het voorbeeld van C. Coglianese & D. Lehr, 'Transparency and Algorithmic Governance', *Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. # 18-38* (ssrn), te verschijnen in *Administrative Law Review*, p. 37.

mogelijkheden tot algoritmische ondersteuning lijken vrij onbeperkt, de crux zit vooral in elementen zoals het ontwerp van het systeem, de foutenmarge, de instructie aan de gebruikers van het systeem en de mate waarin zij uitkomsten nog handmatig kunnen bewerken. Toegepast op de casus van het CBBS was bijvoorbeeld cruciaal of de getalsmatige duiding van de normaalwaarden wetenschappelijk onderbouwd kon worden en welke gebruikersinstructie de verzekeringsarts en arbeidsdeskundige kregen over de noodzaak van invoer van bijzondere gegevens of handmatige bewerking van de resultaten. Bij het PAS blijkt onder het voorzorgsbeginsel de wetenschappelijke onderbouwing van onzekerheidsmarges van groot belang. De vraag in welke gevallen bestuursorganen gebruik mogen maken van algoritmische advisering betreft ook niet enkel een juridische vraag. Daaraan ligt tevens een politieke en bestuurlijke afweging ten grondslag, met name welke foutenmarges en risico's (zoals op verkeersongevallen en uitsterven van soorten) maatschappelijk aanvaardbaar zijn en hoe dit opweegt tegen waarden zoals autonomie en privacy.

### 5.3 Accountability en het motiverings- en equality of arms beginsel

Vanuit het bestuursrecht is het uitgangspunt bij zowel deskundigenadvisering als (deels) geautomatiseerde besluitvorming duidelijk: het bestuursorgaan is verantwoordelijk voor het genomen besluit en moet dit besluit motiveren om controle van overheidshandelen mogelijk te maken, ongeacht of het hulpmiddelen heeft ingeschakeld. De bestuursrechter moet vervolgens garanderen dat de burger die opkomt tegen het besluit gelijke proceskansen heeft.

Dit heldere juridische uitgangspunt toont zich voor besluiten op basis van algoritmes in eerste instantie weerbarstig: het ontwerp en de werking van een beslissysteem zijn vaak te complex om te begrijpen hoe tot een specifiek besluit is gekomen. Vaak is nog wel mogelijk om technische informatie te ontsluiten, zoals de broncode, de variabelen of gebruikte data.<sup>119</sup> Deze 'technische transparantie' biedt alleen meestal niet de oplossing voor de motivering van een besluit, aangezien enerzijds de meeste ontvangers de technische deskundigheid missen om deze informatie te begrijpen en anderzijds volledige informatie risico's van manipulatie (*gaming*) kan meebrengen.<sup>120</sup> Meer technisch onderlegde auteurs voegen hieraan toe dat volledige (technische) transparantie vaak ook geen nuttige informatie oplevert over de oordeelsvorming achter de individuele beslissing die uit het systeem rolt.<sup>121</sup> Maakt een systeem gebruik van *machine learning* dan is volledige technische transparantie vaak niet eens mogelijk, omdat het systeem zichzelf al

---

119 Coglianese & Lehr (nog te verschijnen), p. 27; Zie *Kamerstukken II*, 2018/19, 26 643, nr. 570, waarin de Minister voor rechtsbescherming de mogelijkheden tot technische transparantie duidt.

120 C. Castelluccia & D. Le Métayer, *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges* (rapport STOA), Maart 2019, p. 77; D.R. Desai & J.A. Kroll, 'Trust but Verify: A guide to Algorithms and the law', *Harvard Journal of Law & Technology* 2018, afl. 1, p. 7-8; A.D. Selbst & S. Barocas, 'The Intuitive Appeal of Explainable Machines', *Fordham Law Review* 2018, p. 1085-1139, p. 1093.

121 Desai & Kroll 2018, p. 10; M. Ananny & K. Crawford, 'Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability', *New Media & Society* 2018, p. 973-989.



lerende aanpast.<sup>122</sup> Zelfs de systeemontwikkelaar heeft dan geen (volledig) inzicht in de werking van deze systemen.<sup>123</sup> De grote nadruk die de Nederlandse rechtspraak legt op *equality of arms*, ook bij het adviserende algoritme, verbaast in dat licht.<sup>124</sup> Het is zeer de vraag of een belanghebbende in staat is dergelijke complexe materie, zelfs met behulp van deskundigen, te betwisten.

Om *accountability* mogelijk te maken en vertrouwen in algoritme-gedreven besluitvorming te stimuleren, worden vanuit zowel de juridische als technische hoek oplossingen voorgesteld.<sup>125</sup> Om zicht te krijgen op wat de overheid doet, is het vooral belangrijk dat deze uitlegt welke redenen een uitkomst rechtvaardigen en wat de logica is van het systeem.<sup>126</sup> Dit hangt bijvoorbeeld af van welke beleidsmatige doelen zijn gesteld, welke (feitelijke) gegevens zijn meegenomen, welke menselijke betrokkenheid er (mogelijk) is, welke foutenmarge het systeem kent en welke keuzes zijn gemaakt voor de weging van variabelen tot het uiteindelijke resultaat.<sup>127</sup> Zo heeft ook de Afdeling in het toetsingskader bij het PAS niet de nadruk gelegd op de technische kant van het algoritme; zij heeft zich vooral geconcentreerd op de onderbouwing van de beleidsmatige keuzes, de gebruikte aannames en gegevens. Ontvangers van een geautomatiseerd genomen besluit willen meestal ook niet de technische kant van een beslissysteem betwisten, maar de wijze waarop de regels in dit geval zijn toegepast of waarom dít de regels zijn. Het kan ook niet van belanghebbenden of de rechter worden verwacht de kwaliteit van het algoritme - zonder deskundige - te controleren. Wat wel zou kunnen is dat het bestuursorgaan informatie ontsluit over de wijze waarop het zelf de accurateheid van het algoritme heeft getest door bijvoorbeeld de test- en trainingsdata of betrouwbaarheidsanalyses te verstrekken.<sup>128</sup> Ook kan het nuttig zijn niet zozeer informatie over de werking van 'de black box' te geven, maar juist over bij de ontwikkeling betrokken actoren en de procedure die is gevolgd om het systeem aan te laten sluiten bij de context waarin het wordt gebruikt.<sup>129</sup> Ook meer technische oplossingen kunnen soelaas bieden, zoals software die in voor mensen begrijpelijke taal kan uitleggen hoe de analyse heeft plaatsgevonden.<sup>130</sup> Afhankelijk van de context zouden dergelijke methodes de controleerbaarheid van het algoritme kunnen bevorderen.

Ook de *accountability* van menselijke deskundigenadviezen verdient kritische reflectie. Waar de feitenkwalificatie een zekere prognose inhoudt (zoals waardedaling van de onroerende zaak of de resterende verdien capaciteit) worden inschattingen gemaakt die niet volledig te objectiveren zijn. Zeker als het aankomt op ervaring en intuïtie leent een

---

122 Coglianese & Lehr (nog te verschijnen), p. 13.

123 Selbst & Barocas 2018, p. 1094.

124 En niet op het motiveringsbeginsel, zoals ook Assink noemt in zijn noot bij ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Gst.* 2017/170.

125 Zie over beide: Selbst & Barocas 2018, p. 7-12.

126 R. Binns, 'Algorithmic accountability and public reason', *Philosophy & Technology* 2018, p. 543-556; Selbst & Barocas 2018, p. 1125.

127 In de kamerbrief (*Kamerstukken II*, 2018/19, 26643, nr. 570) noemt de minister dit 'uitlegbaarheid'. Zie ook Diakopoulos 2016, p. 59-61.

128 Coglianese & Lehr (nog te verschijnen), p. 33-34; Desai & Kroll 2017, p. 64-65.

129 Annany en Crawford doen de suggestie om niet de werking van de systemen te bekijken, maar het netwerk waarin ze worden gebruikt, Annany & Crawford 2018, p. 974.

130 Coglianese & Lehr (nog te verschijnen), p. 41.

beoordeling zich evenmin als een complex algoritme voor een inzichtelijke ontleding in alle (technische) denkstappen. Dat lijkt de bestuursrechter van deskundigen ook niet te vragen, hoewel ook hier een beweging naar meer kritische toetsing zichtbaar is.<sup>131</sup> In wetenschap en rechtspraak wordt gezocht naar mogelijkheden om deskundigenadviezen zinvol 'te controleren', bijvoorbeeld door transparantie te verwachten in de vorm van deskundigenregisters en 'disclosure statements' waarin de deskundige transparant moet zijn over opleiding, ervaring en (potentiële) belangenverstrengelingen.<sup>132</sup> Voor *door de rechter* ingeschakelde deskundigen zijn ondertussen verschillende gedragscodes opgesteld met onder andere transparantieverplichtingen over de gebruikte methode waaraan deze deskundige moet voldoen, die wellicht ook bij deskundigenadvisering in de bestuurlijke fase kunnen worden toegepast.<sup>133</sup> Zodoende is ook hier nog werk aan de winkel voor het ontwikkelen van behulpzame mechanismen om *accountability* te versterken.<sup>134</sup>

## 6 Conclusie

Software die het bestuursorgaan 'adviseert' om een bepaald besluit te nemen, zet het bestuursrecht aan opnieuw te doordenken hoe ver de rechter moet gaan in het openen van black box besluiten, aan de hand van welke normen en wat daarvan de ratio is. In deze bijdrage hebben we daartoe een nadere aanzet willen geven.

Het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel en het beginsel van *equality of arms* geven de bestuursrechter instrumenten om de rechtmatigheid van algoritme-gedreven of op deskundigenadviezen gebaseerde besluitvorming te beoordelen. Voor beide hulpmiddelen geldt dat de bestuursrechter niet in staat is een inhoudelijk waardeoordeel te vellen over de juistheid van het gegeven advies: het is veelal te complex en valt buiten de deskundigheid van de rechter. De rechter zoekt dan al snel de waarborgen in meer procedurele eisen, zoals de eis dat belanghebbenden over de onderliggende gegevens moeten kunnen beschikken en hen de gelegenheid moet worden geboden om tegenbewijs te leveren. Die processuele waarborgen versterken vooral de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van het advies en versterken *accountability*. Bij deze op zich positieve ontwikkeling passen twee kritisch kanttekeningen. Ten eerste moet de aandacht voor inzichtelijkheid en controleerbaarheid niet ten koste gaan van de rationaliteit. Een beoordeling op meer absolute waarden en heldere categorieën (zoals de 28 aspecten binnen het FIS, puntensystemen in subsidietenders of de eis dat het immo kenbaar moet maken op welk onderdeel van het asielrelaas de psychische beperking invloed heeft gehad) maken de waardering transparant, maar kunnen leiden tot schijnobjectiviteit, waarvoor de deskundige vanuit zijn vakgebied soms geen verantwoordelijkheid kan

---

131 Zie bijvoorbeeld Jaarverslag Raad van State 2017, Den Haag 2018, p. 60.

132 B.J. van Ettekoven, 'De deskundige deskundige over registers en de 'disclosure statement'', *O&A* 2016/53.

133 Zie de Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen bij de Afdeling bestuursrechtspraak (*Stcr.* 2018, nr. 6861, 12 februari 2018) en de Gedragscode voor gerechtelijke deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken. Zie N.H. van Amerongen & R. Kegge, 'De Gedragscode in het omgevingsrecht. Een oplossing voor gedragsproblemen bij de deskundige?', *TBR* 2019/30.

134 C. Holst & A. Molander, 'Public deliberation and the fact of expertise: making experts accountable', *Social Epistemology* 2017, afl. 3, p. 235.



nemen. Het kan dan realistischer zijn om te erkennen dat ervaring en intuïtie een rol spelen of handmatige aanpassing mogelijk moet zijn. Ten tweede vormen ‘gelijke processuele kansen’ al snel een onhaalbaar ideaal in het geval van complexe algoritmische analyses of specialistische adviezen, waarvoor de last veelal terechtkomt op de schouders van de burger. Voor een zinvolle discussie over de deugdelijkheid van het advies zijn ook andere waarborgen nodig.

Die andere waarborgen zouden wat ons betreft bijvoorbeeld gezocht kunnen worden in de organisatie van de advisering dan wel de ontwikkeling van het algoritme. De rechter duikt niet in de inhoudelijke wetenschappelijke of professionele discussie, of de mathematische analyse van het beslissysteem, maar beziet met welke waarborgen het systeem van oordelen is omgeven. De rechter zou bij deskundigenadvisering factoren kunnen meewegen als welke professionele standaarden en opleidings- en scholingseisen bestaan en in welke mate feedbacksystemen bestaan om foutieve oordelen te corrigeren, zoals tuchtrecht. Bij het beslissysteem zou de rechter kunnen meewegen wie welke keuzes heeft gemaakt en welke betrouwbaarheidsanalyses het bestuursorgaan heeft uitgevoerd om de deugdelijkheid van het algoritme te monitoren.

Uiteindelijk menen wij dat de toetsing van op deskundigenadvisering dan wel algoritmische analyse gebaseerde *black box* besluiten slechts gradueel verschilt en dat beide toetsingskaders elkaar zouden kunnen versterken. Zo kan van de toetsing van algoritmische besluitvorming worden geleerd hoe bepalend het ontwerp van het adviesstelsel is voor de uitkomst in de individuele zaak. De kritische benadering die beslissystemen ondertussen ontvangen past ook de organisatie van menselijke advisering. Van de toetsing van deskundigenadvisering kan het belang van de selectie van de deskundige en diens (on)partijdigheid worden meegenomen. Mens en machine (het systeem) zijn uiteindelijk sámen deskundig.

# De empirische cyclus van Struiksma in het vreemdelingenrecht

*Mr. dr. K.E. (Karen) Geertsema & prof. mr. T.P. (Thomas) Spijkerboer*

In 2012 schreef Jan Struiksma ‘Het geschil als spil’ als bijdrage over rechtswetenschappelijk onderwijs en de methode van rechtswetenschappelijk onderzoek. Hij opent met een citaat van de bestuursrechtjurist Wim Duk:

‘Bestuursrechtelijke theorie dient niet (zo zeer) om de rechter te vertellen wat hij moet doen [...] maar (vooral) om de praktische vragen [...] systematisch te ordenen, en met elkaar in verband te brengen. Wat zich aanvankelijk als een chaotische massa aan ons voordoet, krijgt dan structuur en wordt zo beheersbaar voor wat ons intellect ter beschikking staat. Als de ordening, de ‘structurering’, bijdraagt tot trefzekerheid van die vragen, is dat meegenomen.’

In de periode dat Jan zijn methodologische gedachten op papier zette, troffen wij elkaar geregeld voor proefschriftbesprekingen. Duk kwam in ieder gesprek aan de orde, vanwege de structuur die hij heeft aangebracht in het bestuursrecht met zijn begrippenpaar ‘beleids- en beoordelingsvrijheid.’<sup>1</sup> De bestuursrechtelijke theorie is zeer gediend met het ordenend karakter van dit begrippenpaar. Toch dringt zich hierbij de vraag op of de begrippen de rechter vertellen wat hij moet doen - ook al zijn ze daar volgens Duk niet voor bedoeld. De Dukkiaanse ordening bleek niet in staat om de chaotische massa in het vreemdelingenrecht te begrijpen: de terughoudende toetsing in het asielrecht was er niet mee te verklaren. Dat leidde tijdens de proefschriftbesprekingen tot discussies over hoe rechtswetenschappelijk onderzoek bij moet dragen aan theorievorming. Jan refereerde tijdens die gesprekken nooit aan zijn *Geschil*, terwijl dat eigenlijk zo voor de hand had gelegen. Daarom willen wij bij de bespreking van Afdelingsjurisprudentie over de intensiteit van de rechterlijke toets in vreemdelingenzaken Jan’s *Geschil* als spil nemen.

## 1 Observatie: de cyclus van Struiksma

Ordening in het denken vraagt om indeling in fases. Voor Jan is het vanzelfsprekend om de toepassing van een bestuurlijke bevoegdheid aan de hand van vier beslisfases te analyseren. Van wetsinterpretatie naar feitenvaststelling, naar feitenkwalificatie en indien nodig nog een belangenafweging. Inderdaad hielp die indeling bij het observeren van de toepassing van de bestuurlijke bevoegdheid asiel te verlenen en de rechterlijke toetsing daarvan. Daardoor constateerden we tijdens die proefschriftbesprekingen dat kwalifica-

---

<sup>1</sup> W. Duk, ‘Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid’, *RM Themis* 1988, p. 156-169.

tie van de feiten overlapt met de feitenvaststellende fase,<sup>2</sup> waardoor een terughoudende rechterlijke toetsing van die feitenvaststelling niet rijmt met het begrippenkader van Duk.

Jan laat zien dat ook rechtswetenschappelijk onderzoek in fases verloopt: van observatie, naar inductie, deductie, toetsing en evaluatie.<sup>3</sup> Observatie is de fase waar het materiaal wordt verzameld en waar eerste ideeën over het onderwerp worden weergegeven. Inductie is de fase waarin de hypothese wordt geformuleerd aan de hand van een begripsomschrijving die de manier dekt waarop regels in uitspraken worden toegepast op de daarin omschreven feiten en omstandigheden (in ons geval: het begrippenkader van Duk). In de deductieve fase vervolgens wordt getoetst of die begripsomschrijving ook in gelijksoortige zaken volstaat, aan de hand waarvan de begripsomschrijving zich verder ontwikkelt (het proefschrift dat we bespraken). In de toetsende fase wordt daarna onderzocht of de begripsomschrijving in gelijksoortige casus met gelijksoortige feiten en omstandigheden van toepassing is (in ons geval dus niet). Tot slot vindt de evaluatie plaats waarin moet worden beoordeeld of aanpassing nodig is van de omschrijving, of dat deze in stand kan worden gelaten maar met introductie van een verbijzonderende omschrijving. Of dat het misschien nodig is een nieuw begrip te introduceren.<sup>4</sup> Of is de conclusie - on-Dukkiaans - dat de werkelijkheid zich aan de theorie moet aanpassen en de rechter zijn toetsing moet veranderen?

Dit denken in fases helpt het ordenen en het vormen van gedachten. Maar wat als na veelvuldige evaluatie de onderzoeker tot de conclusie moet komen dat er nog steeds geen helderheid ontstaat?

## 2 Deductie: de Afdeling bestuursrechtspraak in vreemdelingenzaken

Vanuit algemeen bestuursrechtelijk perspectief is het vreemdelingenrecht in de woorden van staatsraad Nico Verheij 'een redelijk afgesloten wereldje', terwijl de verschillen minder groot zijn dan velen denken.<sup>5</sup> Ondanks dat het procesrecht op veel punten afwijkt van het algemene bestuursprocesrecht,<sup>6</sup> sippelen ontwikkelingen vanuit het vreemdelingenrecht door in het algemeen bestuursrecht.<sup>7</sup> De sectie migratierecht aan de VU heeft sinds de invoering van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS of Afdeling) als hoogste bestuursrechter in vreemdelingenzaken de jurispruden-

---

2 K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Een juridisch onderzoek naar de intensiteit van de rechterlijke toets in de Nederlandse asielprocedure van 2001-2015* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2018, p. 86.

3 J. Struiksma, *Geschil als spil*, 2012, p. 3 en 44.

4 J. Struiksma, *Geschil als spil*, 2012, p. 44.

5 Interview Nico Verheij, A&MR 2017-3, p. 113-117.

6 Zoals bijvoorbeeld de kortere termijnen in het migratierecht, Art. 69 Vw (vier weken) tegenover art. 6:19 Awb (zes weken), het grievensstelsel in hoger beroep (Art. 85 Vw), de mogelijkheid tot verkorte afdoening in hoger beroep (Art. 91 lid 2 Vw), de gelijkstelling van een feitelijke handeling met een besluit (art. 72 lid 3 Vw) en het ontbreken van een bezwaarfase in de asielprocedure (Art. 39 Vw).

7 Bijvoorbeeld de ontwikkelingen over het 'ne bis in idem- beginsel', zie H. Battjes en A.R. Reneman, 'Het vreemdelingenrecht en de Awb' in: T. Barkhuysen e.a. (red.) *25 jaar Awb, in eenheid en verscheidenheid* Deventer: Kluwer, 2019.

tie van deze instantie nauwlettend gevolgd.<sup>8</sup> De ordenende blik van Jan, als bestuursrechter en als rechtswetenschapper, heeft daarbij altijd geholpen.

## 2.1 Geloofwaardigheid van asielrelazen

Het bestuursorgaan dat de bevoegdheid heeft asiel te verlenen, moet een toekomstig risico beoordelen: loopt de aanvrager het risico bij terugkeer naar het land van herkomst vluchtelingrechtelijk te worden vervolgd of slachtoffer te worden van foltering of een onmenselijke behandeling.<sup>9</sup> Conform de eerder beschreven beslisfases moet het bestuursorgaan eerst de feiten vaststellen, alvorens het kan beoordelen of de vastgestelde feiten kwalificeren in het licht van de toepasselijke norm. Die feitenvaststellende fase in het asielrecht kenmerkt zich door weinig objectief verifieerbaar bewijsmateriaal. Documenten zijn moeilijk op echtheid te controleren. Documenten zien meestal op de identiteit van de asielzoeker, de reisroute en het dagelijks leven van de persoon in het land van herkomst. Documenten die de reden voor de vlucht onderbouwen ontbreken uit de aard der zaak meestal. Daarvoor zijn vaak alleen de verklaringen van de asielzoeker voorhanden. Op zich zijn verklaringen een op zich zelf staand bewijsmiddel. In het asielrecht echter, worden die verklaringen niet behandeld als bewijsmiddel, maar als te bewijzen partijstelling. Zij worden pas geaccepteerd als bewijsmiddel als ze door het bestuursorgaan geloofwaardig zijn bevonden. De beoordeling van de geloofwaardigheid van de verklaringen speelt daarom een centrale rol in de feitenvaststellende fase. Het is op dat punt dat de ABRvS deskundigheid aan het bestuursorgaan toekent die een reden vormt voor een terughoudende rechterlijke toetsing, omdat de bestuursrechter die deskundigheid niet heeft. Die deskundigheid geeft het bestuursorgaan beoordelingsruimte, aldus de Afdeling.

Deze toetsnorm, die de ABRvS in 2003 heeft gegeven,<sup>10</sup> is in de loop der jaren eendeloos verfijnd en na ingreep van de wetgever in 2015 aangepast om te kunnen voldoen aan de Unierechtelijke norm van een volledig en *ex nunc* rechterlijk onderzoek. Als in een empirische cyclus heeft de ABRvS gereflecteerd op de eerdere norm en de formulering daarvan aangepast. Daarnaast heeft de ABRvS via haar rechtspraak het bestuursorgaan voorgeschreven hoe die de geloofwaardigheid van een asielrelaas moet beoordelen.<sup>11</sup> Sinds 2015 geldt artikel 83a Vw op grond waarvan de rechterlijke toetsing volledig en *ex nunc* moet zijn. Desondanks oordeelt de ABRvS dat het bestuurlijke oordeel over de geloofwaardigheid van verklaringen die niet met bewijs zijn gestaafd terughoudend moeten worden getoetst<sup>12</sup> (het soort manoeuvre dat de Afdeling de kwalificatie van ‘meer dan gemiddeld eigenwijze rechter’ opleverde).<sup>13</sup> Tegelijkertijd is de toetsing aan het motiveringsbeginsel indringender dan voorheen, doordat de rechter de motivering van het

8 T. Spijkerboer, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu 2002 en T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014.

9 Internationale normen volgend uit het Vluchtelingenverdrag en het EVRM.

10 ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566, AB 2003/286 m.nt. B. Vermeulen.

11 K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Een juridisch onderzoek naar de intensiteit van de rechterlijke toets in de Nederlandse asielprocedure van 2001-2015* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, hoofdstuk 8 en p. 310.

12 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891, JV 2016/194 m.nt. S. Kok, AB 2016/196 m.nt. A.M. Reneman.

13 Hoofdartikel NRC-Handelsblad 22 oktober 2014.

besluit toetst aan de normen voor de geloofwaardigheidsbeoordeling zoals die volgen uit het beleid.<sup>14</sup> De Afdeling omschrijft de toetsnorm als een ‘enigszins terughoudende toetsing’. Op deze manier past de rechterlijke toetsing op dit punt maar moeilijk in de bestuursrechtelijke jurisprudentie als geheel, maar het verschil is wel kleiner geworden.

## 2.2 Vreemdelingenbewaring

In de Vreemdelingenwet is de bestuurlijke bevoegdheid opgenomen om een vreemdeling in bewaring te stellen. De bestuurlijke beoordeling moet blijk geven van de aanleiding voor de bewaring, de grondslag, en moet een toets omvatten van de vraag of in dit geval een lichter middel dan inbewaringstelling mogelijk is.<sup>15</sup> Volgens de Afdeling moest de rechter de grond voor bewaring vol toetsen en de lichter middel toets terughoudend. Bij de vraag of een lichter middel mogelijk is, een norm die volgt uit artikel 15 Terugkeerrichtlijn, meende de Afdeling dat het bestuursorgaan ‘enige beoordelingsruimte’ geniet, waardoor een terughoudende rechterlijke toetsing gepast is.<sup>16</sup> Ook deze gecombineerde toetsnorm van volledig en terughoudend omschreef de Afdeling, net als bij asielzaken, als ‘enigszins terughoudend’.<sup>17</sup> Na rechtspraak van het Hof van Justitie EU over de uitleg van artikel 15 Terugkeerrichtlijn,<sup>18</sup> is de Afdeling teruggekomen van deze toetsnorm:<sup>19</sup>

‘Volgens het Hof impliceert de voormelde bevoegdheid van de rechter een grondig onderzoek naar de feitelijke elementen van het concrete geval. Ook oordeelt het Hof dat de rechter zijn beslissing in de plaats van die van de administratieve autoriteit moet kunnen stellen en moet kunnen beslissen over de mogelijkheid om een vervangende maatregel te gelasten. Deze overwegingen van het Hof laten zich, in samenhang bezien en gelet op de daarbij gebruikte bewoordingen, niet rijmen met een enigszins terughoudende toetsing door de rechter. Die toetsingsmaatstaf dient derhalve te worden verlaten.’

Sindsdien toetst de rechter het besluit tot inbewaringstelling grondig op alle aspecten.<sup>20</sup> Steeds moet het besluit blijk geven van een bestuurlijke beoordeling van de bijzondere feiten en omstandigheden van het individuele geval, en indien deze ontbreekt kan de rechter zelf een dergelijke beoordeling uitvoeren. Overigens blijft de vraag of dit niet vooral een kwestie van woorden is. De gevolgen van een eerdere intensivering van de rechterlijke toetsing van bewaring waren in individuele gevallen niet kenbaar.<sup>21</sup>

---

14 De zgn. ‘integrale geloofwaardigheidsbeoordeling’, die is uitgewerkt in de Vreemdelingencirculaire, Vc C1/3 (ingevoerd bij besluit van 24 december 2014, WBV 2014/36, *Str.* 2014, 36910) en in de INDIW-werkinstructie 2014/10 (gepubliceerd op [www.ind.nl](http://www.ind.nl)).

15 Art. 59, 59a of 59b Vw en artikel 59c Vw.

16 Zie bv. ABRvS 28 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2803, *JV* 2011/304 m.nt. F. Fonville.

17 Voor analyse zie T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 338-340.

18 HvJEU 5 juni 2014 C-146/14 PPU (*Mabdi*), *JV* 2014/230 m.nt. G.N. Cornelisse.

19 ABRvS 23 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:232, *JV* 2015/63, r.o. 2.2.

20 Zie ook ABRvS 23 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:674, ABRvS 10 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1309, ABRvS 24 september 2015, *JV* 2015/321 en ABRvS 5 november 2015, *JV* 2015/352 m.nt. Fonville.

21 T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 340.

## 2.3 Toetsing aan artikel 8 EVRM

Een derde vorm van een 'enigszins terughoudende toetsing' is te zien bij de toetsing van besluiten waarbij aan een vreemdeling een verblijfsvergunning voor verblijf bij familie wordt geweigerd wegens een gevaar voor de openbare orde. Het bestuursorgaan moet dan toetsen aan artikel 8 lid 2 EVRM en de vraag beantwoorden of sprake is van een gerechtvaardigde inmenging in het gezinsleven van de vreemdeling. Uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat die beoordeling een belangenafweging vergt, waarvoor het EHRM een reeks criteria heeft geformuleerd.<sup>22</sup> Volgens de Afdeling moet de rechter die belangenafweging als volgt toetsen:

'De rechter dient te beoordelen of de staatssecretaris alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de staatssecretaris zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een "fair balance" tussen enerzijds het belang bij de uitoefening van het familie- en gezinsleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Nederlandse samenleving bij het voeren van een restrictief toelatingsbeleid. Deze maatstaf impliceert dat de toetsing door de rechter enigszins terughoudend dient te zijn.'<sup>23</sup>

Hiermee geeft de Afdeling aan dat de rechterlijke toets in ieder geval moet waarborgen dat de Straatsburgse criteria zijn meegewogen. *Of* alle criteria zorgvuldig zijn meegewogen dient de rechter intensief te toetsen, maar *hoe* ze zijn meegewogen behoort volgens de Afdeling tot het terrein van het bestuur hetgeen de rechter terughoudend toetst.<sup>24</sup> Deze gecombineerde toetsnorm van vol en terughoudend blijkt in de praktijk te leunen op een dunne scheidslijn tussen 'of' en 'hoe'. Formuleringen in de rechtbankuitspraken die enigszins wijzen op een intensieve rechterlijke toetsing, worden door de Afdeling hersteld, waarbij de Afdeling vervolgens in de eigen beoordeling van het geschil de belangenafweging die de Staatssecretaris heeft verricht met formuleringen als 'heeft mogen oordelen' of 'niet ten onrechte' goedkeurt.<sup>25</sup> Bij uitspraken waarin het belang van het kind een rol speelt in de belangenafweging, heeft de Afdeling inmiddels overwogen dat aan dat belang een aanzienlijk gewicht moet worden toegekend, waarmee de Afdeling toch iets zegt over hoe belangen gewogen moeten worden.<sup>26</sup> Over de band van het motiveringsbeginsel wordt dan toch intensiever getoetst dan de toetsingsmaatstaf suggereert.

## 3 Induktie: de empirische cyclus in de rechtspraak

Jan Struiksmā spreekt van een 'mentale empirische cyclus' bij geschilbeslechting, om te illustreren hoe een geschilbeslechter komt tot een uitspraak. De rechter bepaalt de toepasbare begrippen, toetst of de feiten en omstandigheden overeenkomen met die begrippen en of de redenering in overeenstemming is met het rechtvaardigheidsgevoel van

22 Zie bv. EHRM 2 augustus 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0802JUD005427300 (*Boultilf t. Zwitserland*), RV 2001/23 m.nt. S. van Walsum.

23 Zie bv. ABRvS 10 december 2010, JV 2011/75 en ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:964, JV 2017/121 m.nt. P. Boeles.

24 Zie ABRvS 1 april 2010, JV 2010/195 m.nt. Geertsema.

25 T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 335-338.

26 ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:964, JV 2017/121 m.nt. P. Boeles. Vgl. ABRvS 17 september 2015, 201502332/1/V3, JV 2015/319 m.nt. Ismaili.

de geschilbeslechter.<sup>27</sup> Volgens Jan ontbreekt bij de mentale empirische cyclus van de rechter echter de rapportage, een verslag van de toepassing van de cyclus, de evaluatie. In de drie gegeven voorbeelden blijkt echter dat de Afdeling goed in staat is te reflecteren op de eerdere cyclus, door het begrip aan te passen (bijvoorbeeld van een terughoudende naar een enigszins terughoudende toetsing) en daarvan in de uitspraak ook verslag te doen.<sup>28</sup> En niet alleen in de uitspraken van de Afdeling maar ook in de jaarverslagen geeft de Raad van State rapportage van de aangepaste begripsomschrijving om de intensiteit van de rechterlijke toetsing inzichtelijker te maken.<sup>29</sup> Volgens de Raad van State is reflectie over de intensiteit van de rechterlijke toetsing nodig en is de uitspraak van 13 april 2016 over de toetsing van asielbesluiten daar een eerste voorbeeld van.<sup>30</sup> In het jaarverslag 2017 kondigde de Raad van State vervolgens aan geen gebruik meer te maken van de Dukkiaanse begrippen beleids- en beoordelingsvrijheid, maar alleen nog de begrippen 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte' te gebruiken, met als overkoepelende term 'beslissingsruimte'.

Toch blijkt er ondanks de algemene regels over intensiteit van rechterlijke toetsing en de aanpassing van de begrippen sprake van allerlei afwijkende toepassingen. Verschillende annotaties van Leo Damen in de *AB* laten zien dat dit niet alleen geldt voor het vreemdelingenrecht maar ook voor het algemene bestuursrecht.<sup>31</sup> De empirische cyclus lijkt niet de helderheid te geven die Jan zo graag zou zien.

## 4 Evaluatie

De vraag is hoe het komt dat een algemene regel over de toetsingsintensiteit, ook in de handen van de Afdeling zelf, toch weer tot allerlei afwijkende toepassingen leidt. Zou dat komen doordat (a) de regel niet helder is, omdat de concepten te vaag zijn; en (b) de rechter zo betrokken is bij de materie dat-ie telkens toch meer afstand neemt (om z'n vingers niet te branden) of minder afstand houdt (omdat-ie z'n zin wil doorzetten) dan volgens de zelf geformuleerde regel zou kunnen? Ongetwijfeld speelt de politieke gevoeligheid van het migratierecht een rol - het is een meer omstreden kwestie dan sociale zekerheid. Een hoogste nationale rechter zal ook op zo'n heikel terrein soms een ondergrens aan moeten geven, maar moet het draagvlak daarvoor niet ondermijnen door het bestuursorgaan met permanent micro-management voor de voeten te lopen. Bovendien kan ook - zelfs - de ABRvS soms even van slag zijn. In haar uitspraak over de Armeense kinderen Lily en Howick wilde ze zo graag haar vingers niet branden dat ze met een

---

27 J. Struiksma, *Geschil als spel*, 2012, p. 30.

28 Zoals in ABRvS 13 april 2016, 201507952; ECLI:NL:RVS:2016:890, *AB* 2016/195 m.nt. A.R. Reneman maar zie ook ABRvS 21 juli 2009, ECLI:NL:RVS:BJ3621, *JV* 2009/378 m.nt. K.Geertsema voor begripsaanpassing in de geloofwaardigheidsbeoordeling.

29 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 67 en Jaarverslag Raad van State, 2017. Zie hierover het blog <<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-law/de-afdeling-neemt-afscheid-van-het-begrip-marginale-toetsing-een-nieuwe-stap-richting-meer-rechtsbescherming>>.

30 Zie het persbericht bij de uitspraak van 13 april 2016, 201507952, ECLI:NL:RVS:2016:890, *AB* 2016/195 m.nt. Reneman, *JV* 2016/195 m.nt. Kok.

31 L.J.A. Damen, 'Marginale toetsing 1 t/m 25', *AB* 2012/245 t/m *AB* 2012/320 en 'Marginale toetsing 26 t/m 30', *AB* 2014/382 t/m *AB* 2014/386. Voor een analyse over het bouwrecht zie L. Damen, 'En de bestuursrechter maar marginaal toetsen', in: A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening (Lubach-bundel)*, Den Haag: IBR 2014, p. 67-76.

slecht opgezette uitspraak de staatssecretaris we gelijk gaf, maar geen dienst bewees.<sup>32</sup> De vanzelfsprekende gevoeligheid van een rechter voor de politieke context waarin hij opereert is in de theorievorming over rechterlijke toetsing niet verwerkt.

Op dat punt kan wel een stapje worden gezet, dat de rechtspraak van de Afdeling duidelijker zou maken. Bij de drie onderwerpen die we hier bespraken staat steeds een fundamenteel recht centraal. Bij asiel het recht op internationale bescherming, bij vreemdelingenbewaring het recht op vrijheid en veiligheid en bij de verblijfsvergunningen op grond van gezinsleven het recht op eerbiediging van het familieleven. Zowel de rechtspraak van het EHRM als het HvJEU over deze onderwerpen laat zien dat deze grondrechten een factor zijn die de rechterlijke beoordeling beïnvloeden. Uit het arrest Mahdi bleek zelfs dat het fundamentele recht op vrijheid vereist dat de rechterlijke beoordeling in de plaats kan komen van de bestuurlijke besluitvorming.<sup>33</sup> In het asielrecht vereist het EHRM in klachten over artikel 3 EVRM een *rigorous scrutiny*, een grondige toetsing. De deskundigheid van het bestuursorgaan bij de beoordeling van de geloofwaardigheid speelt in de EHRM-jurisprudentie wel een rol, maar niet op de manier zoals de Afdeling het opvoert als argument voor een terughoudende toetsing. Het grondrecht is dusdanig zwaar dat het EHRM indien nodig ingrijpt in de bestuurlijke besluitvorming. Ook in de jurisprudentie van het EHRM over artikel 8 EVRM speelt het fundamentele recht een rol in de intensiteit van de rechterlijke beoordeling, zij het dat de *margin of appreciation* hier een zekere terughoudendheid ten opzichte van de nationale belangenafweging tot gevolg heeft. De ABRvS kent deze marge voor de verdragspartij in zijn geheel aan het bestuursorgaan toe.

In de Afdelingsjurisprudentie heeft het kaliber van het grondrecht dat in een zaak aan de orde is geen kenbare rol bij de bepaling van de passende toetsingsintensiteit. Haar rechtspraak moet echter wel in overeenstemming zijn met de procedurele aspecten van de aan de orde zijnde grondrechten, en met name met de jurisprudentie van de Europese hoven daarover. Als de Afdeling expliciet zou maken welke rol grondrechten spelen bij de toetsingsintensiteit, zou haar positie duidelijker worden. Het zou bovendien recht doen aan de rechtsnorm die in het geschil centraal staat. 'Het geschil als spil'. En het zou onderzoeksmateriaal geven voor een volgende empirische cyclus.

---

32 Zie de annotatie van Spijkerboer bij ABRvS 24 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2815, *JV* 2018/163.

33 HvJEU 5 juni 2014 C-146/14 PPU (*Mahdi*), *JV* 2014/230 m.nt. G.N. Cornelisse.





# Beroep van rechtswege, bekrachtigingsverzoek of onzin?

Awb-besluiten waarover de bestuursrechter  
altijd moet oordelen

*Prof. mr. K.J. (Kars) de Graaf*

## 1 Inleiding<sup>1</sup>

In november 2011 maakten Jan Struiksma en ik onderdeel uit van een Nederlandse delegatie die in China het bestuur voor zou gaan lichten over het onteigenings- en ruimtelijke ordeningsrecht. Een groot genoegen, vooral omdat Jan buitengewoon bekwaam bleek in het combineren van het (beperkt) nuttige met het zeer aangename deel van de reis. Gedurende die tournee werden we op verschillende momenten geconfronteerd met culturele verschillen met een juridische component. Zo bleken de opvattingen in China over machtscheiding en de gewenste balans tussen de machten anders dan de onze. Maar ook in Nederland is die balans continue in beweging en niet zelden verschuift ons perspectief op de trias. Een van die kleine verschuivingen is in het onderstaande aan de orde.

In de Nederlandse bestuursrechtspraak is de rol van de rechter beperkt tot het achteraf toetsen van de rechtmatigheid van een besluit op grondslag van door een belanghebbende beargumenteerd verzoek (beroepschrift met beroepsgronden). De bevoegdheid om het besluit te nemen - en daarmee het publiekrechtelijke rechtsgevolg in het leven te roepen - is door de wetgever uitdrukkelijk toegekend aan een bestuursorgaan. Het door het bestuur genomen besluit treedt in het algemeen in werking na bekendmaking en wordt geacht rechtmatig te zijn zolang de bestuursrechter het niet vernietigt op verzoek van de belanghebbende. Nu kent Nederland gevallen waarin een besluit in werking treedt op een ander moment dan de bekendmaking, bijvoorbeeld als de beroepstermijn (ongebruikt) is verstreken,<sup>2</sup> en er zijn zelfs situaties waarin een besluit in werking treedt voorafgaand aan de bekendmaking,<sup>3</sup> maar voor zover bekend bestaat geen rege-

---

1 De auteur is voor de totstandkoming van deze publicatie dank verschuldigd aan Bert Marseille en Wybrand van der Meulen, met wie hij recent publiceerde: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & W.P. van der Meulen, *Alternatieven voor het beroep van rechtswege in de Rijkswet op het Nederlandschap*, Groningen 2019, te raadplegen via [www.wodc.nl](http://www.wodc.nl) (projectnr. 2994). Delen van deze bijdrage zijn op dat rapport gebaseerd.

2 Zie o.a. art. 6.1 lid 2 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en art. 3.8 lid 5 Wet ruimtelijke ordening (Wro).

3 Zie art. 4:20b Algemene wet bestuursrecht (Awb).

ling waarin een besluit in de zin van art. 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) pas in werking treedt of rechtmatig wordt geacht na een (positieve) beoordeling door de bestuursrechter.

Opmerkelijk is dat in het recent aan de Tweede Kamer gestuurde wetsvoorstel Aanvullingswet Omgevingswet Grondeigendom wordt voorgesteld dat elk door het bevoegde bestuursorgaan genomen besluit tot onteigening slechts in werking kan treden nadat een bekrachtigingsverzoek van datzelfde bestuursorgaan door de bestuursrechter is toegewezen. De wetgever bewerkstelligt daarmee doelbewust dat elk door het daartoe bevoegde gezag genomen besluit tot onteigening steeds door de bestuursrechter wordt beoordeeld. Gelet op het in de Awb neergelegde algemene systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen bevoegdheidsuitoefening door het bestuur, is de introductie van een dergelijke *bekrachtigingsprocedure*<sup>4</sup> opmerkelijk te noemen. Immers, tegen een besluit staat doorgaans op initiatief van een belanghebbende bezwaar en beroep open binnen een termijn van zes weken na de voorgeschreven wijze van bekendmaking.<sup>5</sup> Slechts in uitzonderlijke gevallen heeft de wetgever gemeend dat de beoordeling van een besluit door de bestuursrechter niet kan worden overgelaten aan het initiatief van de belanghebbende. Zo is zowel in art. 94 Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) als in het recent ingevoerde art. 22a Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) geregeld dat een *beroep van rechtswege* ontstaat voor de belanghebbende aan wie het besluit is gericht (indien deze niet zelf tijdig beroep instelt).<sup>6</sup>

In deze bijdrage staan de wettelijke regelingen centraal waarin wordt gegarandeerd dat een besluit in ieder denkbaar geval wordt beoordeeld door een bestuursrechter. De beide nu bekende mogelijkheden om dat te organiseren, het beroep van rechtswege en het voorgestelde verplichte bekrachtigingsverzoek, komen in het onderstaande aan de orde. Daarbij tracht ik te achterhalen waarom die regelingen noodzakelijk worden geacht in het systeem van bestuursrechtspraak en maak ik een vergelijking tussen beide alternatieven. In paragraaf 2 wordt het onderwerp afgebakend en in paragraaf 3 is het beroep van rechtswege aan de orde. In paragraaf 4 concentreer ik mij op de voorgestelde bekrachtigingsprocedure. In paragraaf 5 kom ik toe aan een korte beschouwing en vergelijking.

## 2 Nadere afbakening

Overheidshandelen in de vorm van feitelijke handelingen of in de vorm van besluiten in de zin van art. 1:3 Awb, kan zeer ingrijpend zijn voor de rechtspositie van burgers en ondernemingen. Zo leggen bestuursorganen bij besluit torenhoge bestuurlijke boetes op, beslissen zij over de onteigening van grondeigendom en over het ontnemen van de Nederlandse nationaliteit, maar de overheid kan ook psychiatrische patiënten gedwongen opnemen of medicijnen toedienen en kan onder de juiste voorwaarden ook overgaan tot het binnentreden van woningen. Tegen overheidshandelen staat altijd rechtsbescherming open, maar de wijze en het moment waarop die wordt geboden, verschilt.

---

4 Het woord 'verzoekschriftprocedure' wordt bewust vermeden, zodat men spreekt van een bekrachtigingsprocedure.

5 Zie art. 6:8 juncto art. 6:7 Awb en de artikelen 3:41 en 3:42 Awb.

6 Zie over (alternatieven voor) het beroep van rechtswege ook De Graaf, Marseille & Van der Meulen 2019.

Gebruikelijk is dat de schriftelijke, publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan een besluit is waartegen belanghebbenden binnen zes weken beroep in kunnen stellen op grond van art. 8:1 Awb. Wordt een bestuurlijke boete opgelegd, dan staat daartegen op deze wijze rechtsbescherming open.<sup>7</sup> In verband met deze normale gang van zaken (beroep tegen een besluit) duikt ook de term *beroep van rechtswege* soms op.<sup>8</sup> Met die term duidt men de situatie aan waarin voor een belanghebbende van rechtswege een bij de bestuursrechter aanhangig beroep ontstaat zonder dat die belanghebbende daar zelf actie voor hoeft te ondernemen. De artikelen 6:19 en 6:20 Awb regelen het ontstaan van zo'n beroep. Bepaald is immers dat een beroep van rechtswege mede betrekking heeft op een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging van het in beroep bestreden besluit respectievelijk tegen het alsnog genomen besluit (indien het beroep was gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit), tenzij de belanghebbende daarbij onvoldoende belang heeft. De ratio van beide bepalingen is algemeen geaccepteerd en kan worden beschouwd als een uitdrukking van efficiënte rechtsbescherming. Relevant voor het onderwerp van deze bijdrage is echter dat in die situatie de belanghebbende uiteraard wel eerst zelf actie heeft ondernomen door zich in rechte te verzetten tegen het (oorspronkelijk bestreden) besluit. Ook zal de belanghebbende zelfstandig moeten aangeven welke beroepsgronden hij wenst aan te voeren in het voor hem van rechtswege gecreëerde beroep.

Rechterlijke beoordeling van overheidshandelen is echter niet altijd in handen van de bestuursrechter en ook niet altijd achteraf georganiseerd. Zo kan de officier van justitie een verzoek doen aan de rechter om een persoon gedwongen op te mogen nemen op grond van de hoofdstuk 2 van de Wet bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen (Wet bopz); de rechterlijke machtiging is vereist voorafgaand aan de gedwongen opname. De civiele rechter beoordeelt het verzoek (*ex nunc*) in een *verzoekschriftprocedure*. Het Awb-besluit van de officier van justitie om het verzoek te doen, speelt in de procedure nauwelijks een rol van betekenis.<sup>9</sup> Ook zijn er gevallen waarin het (feitelijk) optreden van het bestuur de grondrechten beperkt en de wet voorschrijft dat voorafgaande rechterlijke toestemming (machtiging) is vereist; zo biedt de Mededingingswet toezichthouders de mogelijkheid om met machtiging van de rechter-commissaris en zonder toestemming van de bewoner een woning te betreden en te doorzoeken (art. 55-55c Mw).<sup>10</sup> Is geen spoed vereist bij het uithuisplaatsen op grond van art. 1:265a e.v. BW dan dient voorafgaand daaraan een *rechterlijke machtiging* te worden verkregen.

Hoewel de bestuursrechtspraak tegenwoordig naast de beroepschriftprocedure tevens een zelfstandige (schade)verzoekschriftprocedure kent in art. 8:88 e.v. Awb, bestaat er voor de hierboven genoemde bijzondere procedures eigenlijk geen vergelijkbare, bestuursrechtelijke procedure. In het geval de wetgever van oordeel is dat de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid door een bestuursorgaan in alle gevallen op rechtmatig-

7 De procedure tegen een boete is overigens wel een bijzondere beroepsprocedure, gelet op de waarborgen van art. 6 EVRM en de verplichting voor de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72a Awb).

8 J.J. Westland & J.C.A. de Poorter, 'Het beroep van rechtswege', *JBplus* 2015, afl. 4, p. 203-219.

9 H.E. Bröring, 'Een verknipt stelsel', *JBplus* 2007, afl. 1, p. 14 e.v.

10 Zie daarover specifiek: B.J. van Ettehoven e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014.

heid zou moeten worden beoordeeld door de bestuursrechter, bijvoorbeeld omdat de daarmee gemoeide belangen erg groot zijn of compensatie vereist is voor beperkte(re) rechtsbeschermingsmogelijkheden, volstaat de gebruikelijke beroepschriftprocedure noch de verzoekschriftprocedure. De aanvang van die procedures is immers afhankelijk van het initiatief van een belanghebbende. De hierna in paragraaf 3 (beroep van rechtswege) en 4 (bekrachtigingsprocedure) te bespreken procedurevormen kunnen wel aan die voorwaarde voldoen. Ondanks dat de publiekrechtelijke bevoegdheid door de wetgever bij uitsluiting is toebedeeld aan het bestuur(sorgaan), zal de bestuursrechter over de uitoefening van die bevoegdheid in alle gevallen een oordeel moeten geven.

### **3 De bestaande mogelijkheid: het beroep van rechtswege**

Het in art. 22a RWN geregelde beroep van rechtswege is gebaseerd op de regeling in art. 94 Vw 2000. Beide regelingen zijn uniek in de zin dat de bestuursrechtspraak geen andere voorbeelden lijkt te kennen waarin (buiten art. 6:19 en 6:20 Awb) een beroep van een belanghebbende bij de bestuursrechter ontstaat tegen een besluit, terwijl de belanghebbende daarvoor in het geheel niets hoeft te ondernemen. Ik sta in het onderstaande met name stil bij de kenmerken van het beroep van rechtswege in de recent ingevoerde regeling van art. 22a RWN en bespreek ook kort art. 94 Vw 2000.

#### *Art. 22a RWN*

Op 1 maart 2017 is de Rijkswet op het Nederlanderschap op bijzondere wijze gewijzigd. Art. 14 lid 4 RWN verschaft de Minister van Justitie en Veiligheid de bevoegdheid het Nederlanderschap in te trekken van personen van zestien jaar en ouder die zich buiten het Koninkrijk bevinden, als uit hun gedragingen blijkt dat zij zich hebben aangesloten bij een organisatie die deelneemt aan een nationaal of internationaal gewapend conflict en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Reden voor de wijziging was geleden in de wens intrekking van het Nederlanderschap mogelijk te maken in het belang van de nationale veiligheid wegens deelname aan een terroristische organisatie zonder dat daarvoor een voorafgaande strafrechtelijke veroordeling vereist is.<sup>11</sup> Het besluit tot intrekking van het Nederlanderschap is zeer ingrijpend voor betrokkene en wordt bovendien doorgaans gecombineerd met een ongewenstverklaring ex art. 67 Vw 2000.<sup>12</sup> Dat doet echter niet af aan de hoofdregel dat het besluit in werking treedt na bekendmaking; omdat toezending of uitreiking aan de betrokkene overeenkomstig art. 3:41 lid 1 Awb niet mogelijk zal zijn, gaat de regering er vanuit dat publicatie in de Staatscourant volstaat als bekendmaking (lid 2).<sup>13</sup>

Relevant is dat de wet in verband met de nieuwe bevoegdheid tevens een nieuwe afdeling 7a over rechtsbescherming kent (artt. 22a t/m 22c RWN). Tegen het besluit tot intrekking van het Nederlanderschap is uiteraard rechtsbescherming mogelijk. Omdat

---

11 Zie ook de aanbevelingen uit het Actieprogramma Integrale Aanpak Jihadisme, *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 754, nr. 253, p. 1.

12 Omdat de terugkeer in de Nederlandse maatschappij ongewenst is, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 356, nr. 3, p. 3.

13 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 356, nr. 3, p. 9.

betrokkene echter doorgaans geen toegang heeft tot Nederland en omdat het bij de beslissing betrokken belang groot is, komt de vraag op of het recht op een eerlijk proces voldoende is gewaarborgd. Met name is duidelijk dat het voor betrokkene onmogelijk is om de behandeling van zijn zaak ter zitting bij te wonen. In art. 6 EVRM en art. 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) is weliswaar het recht op een eerlijk proces vastgelegd, maar uit geen van deze bepalingen volgt onverkort een aanwezigheidsrecht, aldus de memorie van toelichting.<sup>14</sup> Desalniettemin is er voor gekozen om de rechtsbescherming tegen het besluit tot intrekking van het Nederlanderschap op grond van art. 14 lid 4 RWN op een groot aantal punten anders te organiseren dan men op grond van de Awb zou verwachten. Zo geldt dat - in afwijking van de Awb - voorafgaand aan het beroep bij de rechter geen bezwaarschriftprocedure is voorgeschreven, dat de rechtbank Den Haag in alle gevallen bevoegd is over het besluit te oordelen (art. 22a lid 1 RWN), dat de beroepstermijn vier weken bedraagt in plaats van zes weken (art. 22a lid 2 RWN), dat geen griffierecht wordt geheven (art. 22a lid 6 RWN) en dat het inschakelen van rechtsbijstand ruimhartiger is geregeld. Voor deze bijdrage zijn echter met name de leden 3 en 5 van art. 22a RWN van belang. Zij luiden als volgt.

‘3. Uiterlijk op de achtentwintigste dag na de bekendmaking van een besluit tot intrekking van het Nederlanderschap als bedoeld in artikel 14, vierde lid, stelt Onze Minister de rechtbank [...] hiervan in kennis, tenzij degene die het betreft voordien zelf beroep heeft ingesteld. Zodra de rechtbank [...] de kennisgeving heeft ontvangen, wordt degene die het betreft geacht beroep te hebben ingesteld tegen het besluit tot intrekking van het Nederlanderschap. [...]

5. Indien de ingevolge het eerste lid bevoegde rechtbank bij het beroep van oordeel is dat het besluit tot intrekking van het Nederlanderschap, bedoeld in artikel 14, vierde lid, in strijd is met de wet dan wel bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is, verklaart zij het beroep gegrond.’

Uit lid 3 blijkt dat degene wiens Nederlanderschap wordt ingetrokken op grond van art. 14 lid 4 RWN zelf beroep in kan stellen tegen het besluit, maar dat als hij dat niet doet, van rechtswege - door een ambtshalve te verrichten handeling van de minister - een beroep in zijn naam zal ontstaan. Bovendien zal de rechter het aan hem voorgelegde besluit op grond van lid 5 altijd moeten toetsen aan de hand van, kort en goed, het gehele objectieve recht (vgl. een *recours objectif*). Waarom? De minister stelt in de parlementaire geschiedenis dat het besluit een ingrijpende maatregel is waarbij rechterlijke toetsing onontbeerlijk is en dat met de regeling is gewaarborgd dat, ook indien betrokkene zelf geen beroep instelt, de bestuursrechter een oordeel velst over de intrekking van het Nederlanderschap.<sup>15</sup> Ten aanzien van de toetsing stelt de minister dat de rechter het besluit integraal zal beoordelen en zich niet hoeft te beperken tot de gronden die worden aangevoerd omdat het voor de raadsman niet in alle gevallen mogelijk zal zijn om in overleg met zijn cliënt de gronden voor beroep in te dienen of aan te vullen. De beide leden trachten dus de rechtsbescherming te verbeteren en compensatie te bieden voor de verminderde rechtsbeschermingsmogelijkheden van de betrokkene.<sup>16</sup>

14 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 356, nr. 3, p. 10.

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 356, nr. 3, p. 11.

16 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 356, nr. 3, p. 12.

Tot slot is het de vraag of alternatieven voor het beroep van rechtswege zijn overwogen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat is gedacht aan een voorafgaande rechterlijke machtiging. Dat alternatief is echter afgewezen omdat voorafgaande rechterlijke machtiging en de daarbij behorende vertraging zich niet goed verdragen met het doel om een dreiging voor de nationale veiligheid weg te nemen. De maatregel moet juist snel kunnen worden toegepast en in werking treden. In de toelichting wordt voorts benadrukt dat toetsing van *voorgenomen* besluiten door de rechter ook niet goed in het systeem van de Nederlandse bestuursrechtspraak past.<sup>17</sup>

De toepassing van de regeling betreffende het beroep van rechtswege had vervolgens nog wel wat voeten in de aarde. Als bevoegde rechtbank was de Rechtbank Den Haag als eerste geroepen een oordeel te geven over een besluit tot intrekking van het Nederlandschap op grond van art. 14 lid 4 RWN. De opvallende uitkomst van die procedure was dat de rechtbank - op grond van art. 6 en 13 EVRM en 47 Handvest - art. 22a RWN (specifiek art. 22a lid 3) onverbindend verklaarde.<sup>18</sup> De rechtbank oordeelde dat de regeling van art. 22a RWN geen adequate compensatie biedt voor de in de tijd beperkte mogelijkheid beroep in te stellen en voor het feit dat de betrokkene in mindere mate inbreng heeft in de procedure. Het gevolg was dat geen beroep van rechtswege voor de betreffende belanghebbende was ontstaan en dat beroep tegen de intrekking van zijn Nederlandschap niet (tijdig) was ingediend; het beroep werd niet-ontvankelijk verklaard. De voor betrokkene resterende mogelijkheid is een beroep op art. 6:11 Awb (verschoonbare termijnoverschrijding).<sup>19</sup> Niet verrassend werd tegen dat oordeel van de rechtbank hoger beroep ingesteld door de minister. De Afdeling komt tot een ander oordeel. Zij oordeelt dat de rechtbank art. 22a lid 3 RWN ten onrechte onverbindend heeft verklaard wegens strijd met art. 47 Handvest.<sup>20</sup> Daarbij is onder meer relevant geacht dat betrokkene weliswaar in de regel niet op de hoogte zal zijn van de intrekking van zijn Nederlandschap, maar dat met het beroep van rechtswege is voorzien in een rechterlijke toetsing die, gelet op art. 22a lid 5 RWN, de rechter opdraagt het betreffende besluit in volle omvang te toetsen en daarbij alle relevante feiten en omstandigheden mee te wegen.<sup>21</sup> Daarmee is duidelijk dat de in art. 22a lid 3 en 5 RWN neergelegde regeling van het beroep van rechtswege naar het oordeel van de Afdeling door de beugel kan; de vraag of een dergelijke regeling ook noodzakelijk is in het licht van de in art. 6 en 13 EVRM en art. 47 Handvest neergelegde garanties, maakte uiteraard geen deel uit van de procedure.

---

17 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 356, nr. 3, p. 11.

18 Rb. Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7615 en 7617.

19 Een mogelijkheid die overigens ook voor zijn eventuele hoger beroep zou kunnen worden benut, mocht de rechtbank niet hebben geconcludeerd tot de onverbindendheid van art. 22a RWN.

20 ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:NL:2019:990. Het Europees recht is daarop wel van toepassing, maar ingevolge HvJ 6 oktober 1982, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335 (r.o. 13 en 14) is het stellen van een prejudiciële vraag niet vereist.

21 Het hoger beroep was dus gegrond. Oordelend over het van rechtswege bij de rechtbank ontstane beroep van de betrokkene stelt de Afdeling dat de per 1 maart 2017 ingevoerde regeling niet kan worden toegepast ten aanzien van betrokkenen die Nederland verlieten voor die datum. Dat beroep was dus eveneens gegrond.

*Art. 94 Vw 2000*

De regeling in art. 22a lid 3 en 5 RWN is expliciet gebaseerd op de in art. 94 Vw 2000 neergelegde regeling. Art. 94 Vw 2000 betreft de mogelijkheid van het ontstaan van een beroep van rechtswege voor een betrokkene tegen een vrijheidsontnemende maatregel als bedoeld in de artikelen 6, 6a, 58, 59, 59a en 59b Vw 2000. Als de vreemdeling niet zelf beroep instelt tegen de vrijheidsontnemende maatregel, dient de minister uiterlijk op de achtentwintigste dag na bekendmaking van het besluit een kennisgeving aan de rechtbank te zenden. Door die ambtshalve handeling van de minister ontstaat van rechtswege een door de vreemdeling ingesteld beroep. Net als art. 22a RWN beoogt art. 94 Vw 2000 te garanderen dat steeds een toetsing plaatsheeft door een rechter. Een kenmerkend verschil is evenwel dat de betrokkene als bedoeld in art. 94 Vw 2000 is geconfronteerd met een vrijheidsontnemende maatregel, waarover in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat het een zeer grote ingreep in de vrijheden en rechten van een persoon met zich brengt. Op grond van internationaal en Europees recht is noodzakelijk dat een dergelijke maatregel binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke rechter wordt beoordeeld.<sup>22</sup> Tevens is een verschil met art. 22a RWN dat de betrokkene zich juist wel gegarandeerd ophoudt binnen de grenzen van het Koninkrijk, zodat hij aanwezig kan zijn tijdens de rechterlijke procedure.

## 4 Een nieuwe loot aan de stam: een bekrachtigingsprocedure

Een bekrachtigingsprocedure kent de bestuursrechtspraak nog niet. In het proces van de stelselherziening in het omgevingsrecht en de invoering van de Omgevingswet (in 2021) wordt echter voorgesteld dat het bevoegde bestuursorgaan elk besluit tot onteigening aan de bestuursrechter moet voorleggen ter bekrachtiging (bekrachtigingsprocedure). Daarmee zou worden gegarandeerd dat over dat besluit steeds een rechtmatigheidsoordeel wordt gegeven door de bestuursrechter.

In het in 2016 in consultatie gebrachte conceptwetsvoorstel Aanvullingswet Grondeigendom werd voorgesteld de gebruikelijke, in de Awb geregelde bestuursrechtelijke rechtsbescherming open te stellen tegen onteigeningsbesluiten. In het daarover uitgebrachte advies van de Raad voor de rechtspraak wordt benadrukt dat eigendom een fundamenteel recht is en onteigening de meest verregaande inbreuk op dat recht; het advies was vervolgens om het wetsvoorstel niet in te dienen zonder dat gegarandeerd zou zijn dat elk onteigeningsbesluit steeds door een rechter wordt beoordeeld.<sup>23</sup> Ook in de literatuur ontstond enige commotie over dit aspect van de consultatieversie.<sup>24</sup> Begin 2017 heeft de Minister van Infrastructuur en Milieu duidelijk gemaakt dat het

22 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2009/10, 32 420, nr. 3, p. 12, dat verwijst naar art. 15 lid 2 sub a van Richtlijn 2008/115/EG.

23 Wetgevingsadvies 2016/31, te raadplegen via <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Wetgevingsadvies>.

24 J.R. Vermeulen, 'De Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet: verbetering of niet?', *TO* 2016/6; J.A.M.A. Sluysmans & R.T. Wiegink, 'Onteigening in de Aanvullingswet grondeigendom: fundamentele kritiek op een fundamentele herziening', *Gst.* 2016/111; G.A. van der Veen, 'Onteigening in de Omgevingswet: een beetje nieuw water bij de oude wijn', *Gst.* 2016/120 en J.A.M.A. Sluysmans & R.T. Wiegink, 'Reactie op reactie Van der Veen', *Gst.* 2016/121.



wetsvoorstel Aanvullingswet Grondeigendom zal regelen dat de bestuursrechter over elk onteigeningsbesluit moet oordelen op initiatief van het tot onteigening bevoegde bestuursorgaan.<sup>25</sup> Voornaamste reden om daarvoor te kiezen is dat het (rechts)beschermingsniveau onder de Omgevingswet gelijk zou moeten blijven en dat in de huidige regeling van onteigening de civiele rechter de onteigening uitspreekt. Het is ongewenst dat de rechterlijke beoordeling van de beslissing tot onteigening afhankelijk is van het initiatief van de belanghebbende, omdat onteigening een zeer ingrijpende inbreuk op een fundamenteel recht betekent, met de rechtszekerheid omtrent (de rechtmatigheid van) de onteigening een zwaarwegend algemeen belang is gediend en omdat doorgaans onomkeerbare gevolgen ontstaan na de onteigening. Op 1 februari 2019 heeft de regering het wetsvoorstel Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet aan de Tweede Kamer gestuurd.<sup>26</sup> Afdeling 16.9 van de Omgevingswet zal regels stellen over een bekrachtigingsprocedure, terwijl afdeling 16.10 de procedure van hoger beroep tegen een bekrachtigingsuitspraak regelt.

Ingevolge het wetsvoorstel zal het bestuursorgaan dat heeft besloten tot onteigening, steeds verplicht zijn om binnen een (fatale) termijn van zes weken na de terinzagelegging van de onteigeningsbeschikking bij de rechtbank (sector bestuursrecht) een verzoekschrift tot bekrachtiging in te dienen.<sup>27</sup> De memorie van toelichting benadrukt dat het een voor het bestuursrecht nieuwe, eigenstandige procedure betreft die geen regeling kent in de Awb;<sup>28</sup> daardoor wordt een aanzienlijk aantal bepalingen toegevoegd aan de Omgevingswet om de procedure goed te regelen. Uitgangspunt is dat een onteigeningsbeschikking pas in werking treedt met ingang van de dag na die waarop de uitspraak waarbij zij is bekrachtigd, ter inzage is gelegd (art. 16.33h Ow). Op deze manier is gewaarborgd dat elk onteigeningsbesluit wordt getoetst door de bestuursrechter. Bijzonder is ook dat de procedure in eerste aanleg aanvangt op initiatief van het bestuursorgaan. Dat is uniek in de bestuursrechtspraak.

Het wetsvoorstel bepaalt welke toets de bestuursrechter in elk geval moet uitvoeren, de zogenoemde basistoets (art. 16.107 Ow). Anders dan de verplichting om het besluit aan het objectieve recht te toetsen, zoals in art. 22a lid 5 RWN voor het beroep van rechtswege is bepaald, zal de basistoets inhouden dat wordt getoetst of de wettelijke vormvoorschriften bij de voorbereiding in acht zijn genomen. Tevens houdt de toets in dat de rechter beoordeelt of aan enkele specifieke vereisten voor onteigening, namelijk de criteria onteigeningsbelang, noodzaak en urgentie, is voldaan.<sup>29</sup> Naast deze ambts-halve te verrichten basistoets is het uiteraard mogelijk dat belanghebbenden rechtsbescherming zoeken tegen de onteigeningsbeschikking. Zij kunnen bedenkingen tegen de

---

25 *Kamerstukken II* 2016/17, 33 118, nr. 84.

26 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 133, nrs. 1-4.

27 Zie daarover ook M. Rus-van der Velde & F.A. Mulder, 'De gewijzigde onteigeningsprocedure in de Aanvullingswet grondeigendom', *VGR* 2019, afl. 2, p. 28 e.v. Voor de schadeloosstelling zal de burgerlijke rechter overigens bevoegd blijven.

28 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 115 ('Verhouding tot de Awb'), waar nog wel wordt gewezen op overeenkomsten met de verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in art. 8:88 e.v. Awb.

29 Voor de eerste twee genoemde criteria geldt dat deze integraal worden getoetst. Gelet op de in de voorgestelde wettekst opgenomen term 'kennelijk' moeten de twee laatstgenoemde criteria tot een marginale toets leiden.

bekrachtiging indienen gedurende de zes weken termijn waarbinnen het bestuursorgaan moet verzoeken om bekrachtiging.<sup>30</sup> In de bekrachtigingsprocedure is dus tevens een soort beroepschriftprocedure te herkennen, waarin belanghebbenden de bestuursrechter kunnen overtuigen het verzoek van het bestuursorgaan om het onteigeningsbesluit te bekrachtigen, af te wijzen. Zonder dat te regelen, beredeneert de regering expliciet dat het voor de hand ligt dat de bekrachtigingsprocedure leidt tot een *ex nunc* oordeel van de rechter. Er is nadrukkelijk ruimte voor een rechterlijke toetsing waarin ook betekenis toekomt aan veranderingen in de juridische, beleidsmatige of feitelijke context van de onteigeningsbeschikking nadat de beschikking is genomen.<sup>31</sup> Wordt een onteigeningsbeschikking niet bekrachtigd, dan kan deze niet in werking treden. Tegen de uitspraak op het verzoek staat hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

## 5 Beroep van rechtswege, bekrachtigingsverzoek of onzin?

Vanuit een klassiek bestuursrechtelijk denkkader is het bijzonder te noemen dat de wetgevende macht in onze democratische rechtsstaat in voorkomend geval aan een bestuursorgaan de bevoegdheid toekent om een bepaald (publiekrechtelijk) rechtsgevolg in het leven te roepen en het gelijktijdig noodzaak acht om te bepalen dat een bestuursrechter over de uitoefening van die bevoegdheid altijd een rechtmatigheidsoordeel moet geven. Op het eerste gezicht zou die wens van de wetgever als 'onzin' kunnen worden afgedaan. Zo zijn er geen situaties waarin de Nederlands wetgever - buiten wellicht vrijheidsontnemende maatregelen (vgl. art. 94 Vw 2000) - door Europees of internationaal recht wordt gedwongen tot een dergelijke regeling. Daarnaast kent het bestuursrecht tal van situaties waarin een belanghebbende wordt geconfronteerd met een zeer ingrijpend besluit, waartegen toch slechts de in de Awb geregelde rechtsbescherming op initiatief van de belanghebbende open staat (beroepschrift). Buiten de bestuursrechtspraak kent het Nederlandse recht overigens wel degelijk procedures die waarborgen dat een overheidsbeslissing (voorafgaand aan de ten uitvoerlegging) wordt beoordeeld door een rechter. Het lijkt er op dat er nu ook behoefte bestaat aan een bestuursrechtelijke procedurevorm waarmee kan worden gegarandeerd dat de bestuursrechter zich altijd uitspreekt over de rechtmatigheid van een Awb-besluit. Twee procedurevormen zouden aan die wens tegemoet kunnen komen: het beroep van rechtswege en de bekrachtigingsprocedure.

Waarom heeft de wetgever gekozen voor de beide procedurevormen? De ingrijpende aard van de bevoegdheidsuitoefening lijkt daarvoor doorslaggevend, maar ook andere aspecten spelen een rol. Als het gaat om het *beroep van rechtswege* zoals dat is geregeld in art. 22a RWN, blijkt dat invoering daarvan gewenst was vanwege onder meer de ingrijpende aard van de beslissing. Doorslaggevend lijkt evenwel te zijn geweest dat belanghebbenden worden geconfronteerd met verminderde rechtsbeschermingsmogelijkheden, omdat de bevoegdheid om het besluit te nemen juist ontstaat op het moment dat de belanghebbende uit Nederland is vertrokken met doorgaans onbekende bestem-

30 Art. 6:13 Awb is niet overeenkomstig van toepassing in eerste aanleg, zodat het niet indienen van zienswijzen in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure de ontvankelijkheid niet in de weg kan staan.

31 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 117.

ming en dat het zeer de vraag is of de belanghebbende überhaupt kennis zal nemen van het ingrijpende besluit waarmee zijn Nederlanderschap wordt ingetrokken. Werd door de Rechtbank Den Haag nog geoordeeld dat het in art. 22a RWN geregelde beroep van rechtswege in strijd is met het in het internationale recht gegarandeerde recht op een eerlijk proces, inmiddels blijkt de Afdeling de wettelijke regeling gunstiger gezind. De voorgestelde bestuursrechtelijke *bekrachtigingsprocedure* over een onteigeningsbeschikking op grond van de Omgevingswet is nieuw en heeft een volledig eigen aard, omdat ook de inwerkingtreding van het besluit afhankelijk zal zijn van de (bestuurs)rechterlijke bekrachtiging. Reden om die procedure in te voeren is gelegen enerzijds in de ingrijpende aard van het besluit van het bestuur en anderzijds in een van de uitgangspunten in het wetgevingsproces dat moet leiden tot de Omgevingswet, namelijk dat het (rechts) beschermingsniveau voor belanghebbenden gelijk moet blijven in vergelijking met de huidige situatie. Ook de keuze van de regering dat de bestuursrechter bevoegd moet zijn om te oordelen over onteigeningsbeschikkingen, speelt een grote rol.

Is er een procedurevorm te kiezen boven de andere? Die vraag is lastig te beantwoorden. Ik wijs op een aantal verschillen tussen beide. Gelet op de strekking en het doel van de bevoegdheid van de minister om het Nederlanderschap in te trekken (art. 14 lid 4 RWN), namelijk het beschermen van het belang van de nationale veiligheid, spreekt het voor zich dat gewenst is dat het besluit zo spoedig mogelijk in werking treedt. Het voornemen van de regering om in de Omgevingswet te bepalen dat een rechterlijke uitspraak in een bekrachtigingsprocedure vereist is voor de inwerkingtreding van het onteigeningsbesluit, staat met dat uitgangspunt op gespannen voet. Bijkomend voordeel van de regeling inzake de inwerkingtreding van de onteigeningsbeschikking is dat het functioneert als een stimulans voor het bestuur om daadwerkelijk om bekrachtiging te verzoeken. Ook in art. 22a lid 3 RWN is geregeld dat het bestuur ambtshalve een handeling moet verrichten om het beroep van rechtswege te laten aanvangen, maar in dat geval is het besluit reeds in werking getreden en is er geen (fatale) sanctie voor het bestuur. Dat de regering kiest voor de bekrachtigingsprocedure om daarmee te garanderen dat het bestuur het initiatief moet nemen, is dus wel enigszins te nuanceren. Zo zou ook in de regeling van het beroep van rechtswege kunnen worden bepaald dat het betreffende besluit pas in werking treedt indien de rechtbank daarvan in kennis is gesteld of als het beroep (van rechtswege) daartegen is afgerond. Maar een dergelijke regeling is niet geschikt voor besluiten waarmee het bestuur de nationale veiligheid tracht te beschermen. Een ander verschil tussen beide alternatieven ziet op de vraag welke aspecten van het besluit in elk geval door de bestuursrechter moeten worden beoordeeld. Daar waar art. 22a lid 5 RWN de rechter dwingt om alle aspecten van het besluit (*ex tunc*) aan het objectieve recht te toetsen zodat de omvang van het geschil gelijk is aan het gehele besluit (vgl. een *recours objectif*), wordt in de Omgevingswet voorgesteld dat het onteigeningsbesluit aan een beperktere (*ex nunc*) basisoets zal worden blootgesteld, naast de eventueel door belanghebbenden ingebrachte bedenkingen. Ten aanzien van de omvang van de toetsing door de bestuursrechter lijkt hier geen sprake van een verschil dat inherent is aan de gekozen procedurevorm. Wel is een gedachte dat de *ex nunc* beoordeling door de rechter beter aansluit bij de eigen verantwoordelijkheid die de wetgever de rechter wenst toe te dichten. In het verlengde van dat argument kan ook worden gesteld dat het beroep van rechtswege een vernuftige poging is om de gewenste betrokkenheid

van de bestuursrechter te persen in de mal van de Awb-beroepschriftprocedure, terwijl de (term) bekrachtigingsprocedure, die wordt gecombineerd met de door de belanghebbende tegen het onteigeningsbesluit aangevoerde bedenkingen, wellicht beter aanduidt, regelt en recht doet aan wat de bedoeling van de wetgever is.<sup>32</sup>

De analyse leidt mij vooralsnog tot de conclusie dat beide procedurevormen geschikt lijken om uitdrukking te geven aan de door de wetgever gevoelde behoefte om in uitzonderlijke gevallen de bestuursrechter te dwingen een rechtmatigheidsoordeel te vellen over de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur. Uiteraard moet invoering van het beroep van rechtswege of de bekrachtigingsprocedure beperkt blijven tot uitzonderlijke situaties, maar mocht een dergelijke situatie aan de orde zijn, dan is met name relevant de vormgeving van de procedure af te stemmen op de specifieke bevoegdheid die wordt uitgeoefend en de daarbij betrokken belangen.

---

32 Introductie van een bekrachtigingsprocedure blijkt, bij gebreke aan een algemene regeling van een dergelijke procedure in de Awb, overigens te noodzaken tot een groter aantal nieuwe wettelijke bepalingen dan de invoering van een beroep van rechtswege vergt.



# De toenemende betekenis van de erkenning van grondrechten als deel van het Unierecht

*Prof. dr. J.W. (Jan Willem) Sap*

## 1 Inleiding

Voor de organisatie van het jaarlijkse uitje van de vakgroep staats- en bestuursrecht kregen Jan Struiksma en ik de opdracht een geschikt restaurant te regelen voor het diner. Wij besloten daarvoor een zorgvuldig vooronderzoek te verrichten inclusief een verkenningstocht. Op een warme woensdagmiddag reden Jan en ik, ieder aangevuld met een zoon, vanuit Amsterdam via de A1 in een kaarsrechte lijn naar het oosten des lands. Aldaar werd een aantal mogelijk geschikte locaties bezocht. Onderweg voerden wij diepe gesprekken waarbij de knipoog nooit ver weg was. Regelmatig werd er gestopt bij een restaurant en konden de jongens even uit de auto om weer een gekoelde fristi te drinken. Ondertussen hadden wij dan een gesprek met een bobo van de plaatselijke horeca of met 'locals' die we ook tegenkwamen. Mede door de opmerkingen van de jongens werd er veel gelachen.

Uiteindelijk wisten wij, na lang zoeken, een geschikt restaurant te vinden. Het werd een grote landelijke hoeve met uitzicht op een binnentuin met bloemen. In de dinerzaal met haardpartij was een lange tafel waar iedereen aan kon zitten. Doordat de aparte zaal alleen voor de vakgroep moest worden gereserveerd kon er bij het latere diner in volle vrijheid worden gesproken zonder andere gasten te storen. Het vakgroeputje werd mede door deze locatie een groot succes, tot ieders volle tevredenheid. Maar het voorafgaande gezamenlijke avontuur van de verkenningstocht was ook bijzonder. Jan heb ik leren kennen als een bijzonder mens: snel en doordacht, sportief, eerlijk en rechtstreeks, filosofisch en met humor. Als hoogleraar heeft hij veel betekend voor de wetenschap en de rechtspraktijk. Altijd was hij bereid mensen te helpen. Bovendien heeft Jan zijn bestuurlijke kwaliteiten ingezet voor de organisatie van de faculteit, in het bestuur en als voorzitter van de examencommissie. In de relatie tussen overheid en burger had hij aandacht voor de rechten van de mens, waarbij hij ook het algemene belang niet uit het oog verloor.

Omdat de Europese Unie rechtsstatelijk wil zijn, dient de Europese Unie de mensenrechten te respecteren en te beschermen. Daarbij heeft de rechterlijke macht een belangrijke taak. Noch haar lidstaten noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht

op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele recht van de Unie.<sup>1</sup> Toetsing in het licht van de mensenrechten behoort niet beperkt te zijn tot de toetsing van de besluiten van de uitvoerende macht. Ook besluiten van de wetgevende macht moeten getoetst kunnen worden. Rechterlijke toetsing in het licht van de mensenrechten geeft gestalte aan beperkt bestuur of 'limited government'. In toenemende mate wordt het Nederlandse recht in procedurele en materiële zin beïnvloed door verplichtingen die voortvloeien uit Europese bronnen. In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de wijze waarop in de Europese Unie de bescherming van de rechten van de mens is vormgegeven. Wat is de betekenis van fundamentele rechten, het EVRM en het EU-Handvest van de grondrechten? In relatie tot de toenemende betekenis van het EU-Handvest van de grondrechten, ook in horizontale verhoudingen, wordt aandacht besteed aan de vraag of een werkgever een werknemer mag verbieden een hoofddoek op het werk te dragen. Ook wordt ingegaan op het verschil tussen rechten en beginselen.

## 2 Fundamentele rechten

In de oorspronkelijke verdragen EGKS, EEG en Euratom was geen sprake van een catalogus van fundamentele rechten.<sup>2</sup> Nadat pogingen tot politieke integratie waren stukgelopen, werd het accent meer op economische integratie gelegd. Desondanks zijn in de loop van de tijd drie bronnen ontwikkeld ten dienste van de fundamentele rechten: 1) algemene beginselen van Unierecht; 2) het EVRM; en 3) het EU-Handvest van de grondrechten. Ten behoeve van de eerste bron maakte het Hof van Justitie te Luxemburg gebruik van een zin in het huidige artikel 19 lid 1 VEU: 'Het [Hof van Justitie] verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen.' Onder 'het recht' vielen volgens het Hof van Justitie de algemene beginselen; de fundamentele rechten van de mens werden beschouwd als besloten liggend in de algemene beginselen van Unierecht, waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.<sup>3</sup> Het Hof van Justitie presenteerde in feite gemeenschapsgrondrechten die werden gevormd door de uit de gemeenschappelijke constitutionele traditie der lidstaten voortvloeiende rechten.<sup>4</sup> Nadat zij uit de nationale grondwetten waren gehaald, kregen fundamentele rechten bij het Hof van Justitie een indirecte positie als deel van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, thans Unierecht. De nationale grondrechten werden dus geen directe bron voor het Hof van Justitie.

Voor de fundamentele rechten haalde het Hof van Justitie in de tweede plaats aanwijzingen uit een externe lijst van rechten, het EVRM (1950). Dat het Hof van Justitie was overgegaan tot toetsing van gemeenschapsrecht aan gemeenschapsgrondrechten, diende mede om zich te kunnen verdedigen tegenover kritiek van onder meer constitutionele hoven in Duitsland en Italië. Deze lidstaten hadden na de Tweede Wereldoorlog nieuwe grondwetten gekregen met grondrechten waar ze trots op waren. Het idee dat economisch recht uit Brussel zonder enige grondrechtencheck voorrang had boven de

---

1 HvJ 23 april 1986, *Les Verts*, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, r.o. 23.

2 J.A. Hofman, J.W. Sap, I. Sewandono, *Beginselen van Europees constitutioneel recht*. Deventer: Kluwer, 1993, p. 105-107.

3 HvJ 12 november 1969, *Stauder*, 29/69, ECLI:EU:C:1969:57, r.o. 7.

4 HvJ 17 december 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, r.o. 4.

grondwet en de eigen grondrechten bleek voor deze lidstaten moeilijk te verteren. Een grondwet vormt immers de neerslag van de fundamentele waarden van een samenleving van burgers, waar men niet overheen behoort te walsen alsof het geen betekenis heeft. Als het Hof van Justitie zou weigeren een toetsing van Europees recht door te voeren in het licht van de fundamentele rechten, dreigden de constitutionele hoven de bijl te leggen aan het beginsel van de voorrang van Europees recht boven nationaal recht.<sup>5</sup>

Juist om te voorkomen dat de werking van het Unierecht per lidstaat zou gaan verschillen, heeft Unierecht voorrang boven nationaal recht, zelfs als het gaat om de beginselen van het constitutioneel bestel van een lidstaat.<sup>6</sup> Wel gaf het Hof van Justitie aan dat dient te worden onderzocht of niet enige soortgelijke in het Unierecht verankerde garantie is miskend. De relatie tussen nationale en Europese fundamentele rechten werd inzichtelijker gemaakt waar het Hof van Justitie aangaf de door de lidstaten gesloten mensenrechtenverdragen erbij te betrekken. Een verdrag als het EVRM had daarbij speciale betekenis. Daar konden 'aanwijzingen' voor de fundamentele rechten worden gevonden waaraan in het raam van het Unierecht rekening mee dient te worden gehouden.<sup>7</sup>

Op zich was de actie van het Hof van Justitie niet extreem. Een van de bronnen van het internationale recht in artikel 38 lid 1 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof is de door beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen. Toch is bijzonder dat het Hof van Justitie de bescherming van de grondrechten heeft willen garanderen. Als het gaat om de bescherming van de fundamentele rechten kan het Hof van Justitie worden gezien als de reddende engel, zowel vanuit het perspectief van de economische Europese integratie als het beginsel van voorrang en uiteraard van de mensen zelf. De beginselen die gemeen zijn aan de constitutionele tradities van de lidstaten, zoals de beginselen van democratie, eerbiediging van de grondrechten en de rechtsstaat, dienen door de Unie te worden gerespecteerd. Maar wat als het Hof van Justitie in een arrest een fundamenteel recht van de mens ondergeschikt maakt aan de werking van de interne markt of aan het streven naar een steeds hechter verbond? Dan zou mogelijk sprake kunnen zijn van een situatie dat het Hof van Justitie tekortschiet (bijvoorbeeld inzake godsdienst, privacy, staken of demonstreren). Daarom blijft bij een van oorsprong af economische internationale organisatie een externe check altijd raadzaam. Om die reden is het verstandig om het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in Straatsburg als de hoogste Europese rechter te beschouwen als het gaat om de bescherming van de rechten van de mens in Europa.

Wat betekende het dat het Hof van Justitie is gebonden om zich te laten leiden door de constitutionele tradities welke aan de lidstaten gemeen zijn? Heeft het Hof van Justitie na wat grasduinen in grondwetten en verdragen van de lidstaten zomaar de vrijheid te ontdekken wat het wil? Zal het fundamentele recht in meerdere grondwetten te vinden moeten zijn? Wat is het wenselijke beschermingsniveau? Dient bij zogenaamde Uniegrondrechten te worden uitgegaan van een soort minimumstandaard in Europa?

5 T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 136.

6 HvJ 17 december 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, r.o. 3.

7 HvJ 14 mei 1974, *Nold II*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, r.o. 13.



Zo'n benadering past niet goed bij de voorname plaats van de mensenrechten in de Europese westerse samenlevingen. Echter het werken met een maximumstandaard, dat de meest liberale interpretatie van een recht van de mens altijd de voorkeur geniet, kan mogelijk ten koste gaan van de gemeenschap en het algemeen belang van een lidstaat. We moeten erkennen dat het mensbeeld niet in alle lidstaten van de Europese Unie hetzelfde is, om nog maar te zwijgen over de lidstaten van de Raad van Europa.

Het Hof van Justitie heeft aangegeven dat het EVRM voor de Unie niet formeel bindend is. Het Hof van Justitie wil blijkbaar het recht behouden om af te kunnen wijken van een uitspraak van het EHRM in Straatsburg. Op zich is dat wat vreemd. Als we stilstaan bij de tekst van artikel 6 lid 3 VEU lijkt te worden geïmpliceerd dat de fundamentele rechten zoals gegarandeerd door het EVRM nu al behoren tot de algemene beginselen van het Unierecht. Dan zou het EVRM, ook reeds vóór de toetreding van de EU tot het EVRM, beschouwd kunnen worden als een directe bron van het Hof van Justitie als minimumstandaard. Echter ondanks artikel 6 lid 3 VEU en artikel 52 lid 3 van het EU-Handvest van de grondrechten, ziet het Hof van Justitie het EVRM bewust los staan van het Unierecht. Het EVRM is zeker geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument.<sup>8</sup> Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM mag dan de bedoeling zijn volgens artikel 6 lid 2 VEU en het Veertiende Protocol bij het EVRM. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft toch negatief geadviseerd over de toetredingsovereenkomst.<sup>9</sup> De autonomie van het Unierecht telt blijkbaar zwaarder dan het risico van een uiteenlopend beschermingsniveau tussen Straatsburg en Luxemburg. Zolang geen sprake is van toetreding van de Europese Unie tot het EVRM, kan het EVRM niet formeel bindend zijn voor de Europese Unie, alleen materieel.

Deze aarzeling van het Hof van Justitie om zich direct te binden aan nationale standaarden of aan de EVRM-standaard, heeft mede te maken met politieke redenen. In de huidige constructie, dus zonder formele binding, kan het Hof van Justitie zelf bepalen wat het wil destilleren uit de diverse bronnen. Dat geeft flexibiliteit.<sup>10</sup> Het Hof van Justitie kan rekening houden met ontwikkelingen rond de gedeelde waarden van de volken en burgers van de Unie. Zo kan het Hof van Justitie zelfstandig bijdragen aan de zoektocht naar een eigen gedeelde identiteit van de Europese Unie, gekoppeld aan de belangen en de rechten van de Unieburgers. Hierdoor kan tevens enige afstand worden gehouden van de Raad van Europa, waar lidstaten als Rusland en Turkije een ontwikkeling in autoritaire richting meemaken, om nog maar te zwijgen over Polen, Hongarije en Oostenrijk en de gevolgen van Brexit.<sup>11</sup>

Het Hof van Justitie heeft een paar absolute rechten erkend, bijvoorbeeld het recht op leven en het recht om niet gemarteld te worden. De meeste fundamentele rechten zijn relatief in die zin dat zij moeten worden gezien in relatie tot hun functie in de maatschappij en dat zij beperkt kunnen worden vanwege het openbaar belang of rechten van anderen. Fundamentele rechten kunnen niet als 'absolute prerogatieven' worden be-

---

8 HvJ 7 mei 2013, *Åklagaren v. Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, r.o. 44.

9 HvJ 18 december 2014, advies 2/13, *Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM*, ECLI:EU:C:2014:2454.

10 Robert Schütze, *European Union Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 452.

11 J.W. Sap, *De opstanding van Europa*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2016, p. 89.

schouwd.<sup>12</sup> Tegelijkertijd dienen ook beperkingen in naam van het openbaar belang beperkt te kunnen worden. Voor het zoeken van een goede balans tussen het fundamentele recht en het publieke belang wordt meestal het proportionaliteitsbeginsel gebruikt. De beperking van een fundamenteel recht moet evenredig zijn aan het publieke belang. Om bij het afwegen en balanceren wat meer vastigheid te hebben, wordt daarnaast gebruik gemaakt van het concept van de harde kern van een fundamenteel recht. Een beperking van een recht kan een rechtvaardiging vinden in de doelstelling van algemeen belang welke de Unie nastreeft, maar aan het 'wezen' van de fundamentele rechten mag geen afbreuk worden gedaan.<sup>13</sup> De 'kern' mag niet worden aangetast.<sup>14</sup> In Nederland werd de kernrechtmethode niet voor algemene toepassing vatbaar geacht, maar er is wel degelijk veel te zeggen voor een regel dat de kern van een grondrecht bij de beperking ervan moet worden ontzien.<sup>15</sup> Er is ook een link met deze methode en het bij het Hof van Justitie invloedrijke concept van de belangrijkste rechten. Het Hof van Justitie heeft bijvoorbeeld benadrukt dat een lidstaat niet aan burgers het effectieve genot mag ontfangen van hun belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten.<sup>16</sup>

### 3 EU-Handvest van de grondrechten

Vanaf eind jaren zestig is het tekort aan grondrechtenbescherming in de E(E)G/EU steeds verder aangevuld door het Hof van Justitie door middel van een lange reeks van uitspraken over fundamentele rechten. Deze in de loop van de tijd ontwikkelde rechten en beginselen waren wel aanwezig, maar buitengewoon slecht zichtbaar voor de burger. Burgers willen terecht weten wat hun burgerlijke vrijheden zijn. Daarom kwam in 2000, op initiatief van de Europese Raad, een speciaal voor de Europese Unie ontworpen EU-Handvest van de grondrechten. Formeel was dit Handvest niet bindend. In het begin was het door een Conventie ontworpen document vooral van betekenis ter inspiratie en kon het worden gezien als een wezenlijke maatstaf.<sup>17</sup> Het Handvest was niet bedoeld ter vervanging van de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de algemene beginselen. Het Handvest bracht het, ondanks een enthousiaste poging door Giscard d'Estaing, ook niet tot een bindend hoofdstuk in de 'Grondwet voor Europa', daar de Grondwet voor Europa werd afgewezen in 2005 door referenda in Frankrijk en Nederland. Daarop volgde een gedeeltelijke deconstitutionalisering met het Verdrag van Lissabon (2007), in werking getreden op 1 december 2009. In 2007 werd het Handvest herzien en in 2009 is het bindend geworden, met dezelfde juridische waarde als de verdragen (art. 6 lid 1 VEU). De afgelopen jaren zijn rechters steeds vaker naar het EU-Handvest van de grondrechten gaan verwijzen. Thans staan de drie bronnen: 1) fundamentele rechten (als algemene beginselen) van Unierecht; 2) het EVRM; en 3) het EU-Handvest van de grondrechten, in omgekeerde volgorde opgesomd in artikel

12 HvJ 14 mei 1974, *Nold II*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, r.o. 14.

13 HvJ 14 mei 1974, *Nold II*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, r.o. 14.

14 HvJ 12 juni 2003, *Schmidberger*, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, r.o. 80.

15 J.A. Hofman, J.W. Sap en I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*. Deventer: Kluwer, 1995, p. 234-235.

16 HvJ 8 maart 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, r.o. 42 en 44.

17 J.W. Sap, *Het EU-Handvest van de grondrechten. De opmaat voor de Europese Grondwet*. Deventer: Kluwer, 2003, p. 158.

6 VEU. Onder voorwaarden zijn de drie bronnen van toepassing op de lidstaten. Dat betekent dat nationale rechters verplicht kunnen zijn om nationaal recht te toetsen in het licht van de fundamentele rechten van de Europese Unie.

Het EU-Handvest van de grondrechten bestaat uit zeven hoofdstukken: 1) waardigheid; 2) vrijheden; 3) gelijkheid; 4) solidariteit; 5) burgerschap; 6) rechtspleging en 7) algemene bepalingen over de uitlegging en toepassing van het Handvest. Hoewel in het zesde hoofdstuk over het burgerschap rechten staan opgesomd die in beginsel alleen toekomen aan burgers van de Unie (bijvoorbeeld actief en passief kiesrecht), wordt als een uitzondering in artikel 41 van het Handvest het recht op behoorlijk bestuur geformuleerd als een recht dat toekomt aan 'eenieder'. De bepalingen van het Handvest zijn gericht tot de Unie en bij uitzondering tot de lidstaten (art. 51 Handvest). De rechten van het Handvest kunnen worden beperkt door Uniewetgeving. Het Handvest wil bestaan in een harmonieuze relatie met de Europese Verdragen, het EVRM en de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben.

Uit de preambule van het Handvest kan worden afgeleid dat het Handvest niet als doel had nieuwe rechten te scheppen en dat er meer bronnen zijn gebruikt dan de algemene beginselen alleen. Het EVRM en het Europees Sociaal Handvest zijn het meest belangrijk geweest als het gaat om de bronnen. Tevens zijn VN-mensenrechtenverdragen gebruikt. De bij het Handvest behorende Toelichting, opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van het Handvest, dient door de rechterlijke instanties van de Unie en de lidstaten in acht te worden genomen (art. 52 lid 7 Handvest). Van het Handvest is modern dat zowel klassieke als sociale grondrechten staan opgesomd in hetzelfde document. Hoewel het expliciet niet de bedoeling was nieuwe rechten te scheppen (om de lidstaten gerust te stellen), is toch een aantal moderniteiten doorgevoerd, mede als gevolg van technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Terwijl in artikel 8 EVRM sprake is van de bescherming van correspondentie is in artikel 7 Handvest sprake van bescherming van communicatie. In artikel 3 Handvest over het recht op lichamelijke en menselijke integriteit is sprake van de vrije en geïnformeerde toestemming van de betrokkenen, tevens van een verbod van het reproductief klonen van mensen. In artikel 8 van het Handvest, het recht op bescherming van persoonsgegevens, is ook sprake van een recht op rectificatie van verzamelde gegevens. Artikel 16 van het Handvest luidt als volgt: 'De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en nationale wetgevingen en praktijken'. Dit artikel 16 is gebaseerd op jurisprudentie van het Hof van Justitie, dat de vrijheid om een economische of handelsactiviteit uit te oefenen heeft erkend, op de contractuele vrijheid en de vrije mededinging.<sup>18</sup>

Dit artikel 16 van het EU-Handvest speelde een rol in een uitspraak van het Hof van Justitie van 17 maart 2014 bij de vraag of een werkgever een werknemer mag verbieden een hoofddoek op het werk te dragen.<sup>19</sup> In de door de moslima Samira Achbita (en het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding) aangespannen Belgische zaak, nadat zij was ontslagen door haar werkgever G4S Secure Solutions NV omdat

---

18 Het Hof van Justitie heeft de vrijheid om een economische of handelsactiviteit uit te oefenen erkend in jurisprudentie zoals HvJ 14 mei 1974, Nold II, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, r.o. 14 en andere arresten zoals opgesomd in de opgestelde Toelichting bij artikel 16 van het EU-Handvest van de grondrechten.

19 HvJ 14 maart 2017, *Achbita*, C-157/15, ECLI:EU:C:2007:203.

zij op enig moment een hoofddoek wilde gaan dragen, verzocht de Belgische rechter om een uitspraak van het Hof van Justitie. De prejudiciële vraag betrof de uitleg van artikel 2 lid 2 onder a van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

Werkgever G4S, een particuliere onderneming die onder meer receptiediensten verrichtte voor klanten, hanteerde als ongeschreven regel dat het dragen van zichtbare tekenen van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen voor alle werknemers was verboden en tevens elk ritueel dat daaruit voortvloeit uit te voeren. Samira Achbita was in 2003 als receptioniste in dienst getreden bij G4S voor onbepaalde tijd. Nadat Achbita haar superieuren in april 2006 vertelde dat zij een islamitische hoofddoek wilde gaan dragen op het werk, gaf de werkgever aan dit niet te tolereren, omdat het in strijd was met de neutraliteit waaraan de onderneming zich hield. Achbita werd ziek en toen zij terugkeerde na ziekteverlof heeft zij de werkgever op 12 mei 2006 meegedeeld dat zij het werk zou hervatten op 15 mei en daarbij een hoofddoek zou dragen. Op 29 mei 2006 keurde de ondernemingsraad van G4S een aanpassing van het bedrijfsreglement goed. Dit trad in werking op 13 juni 2006. De tekst luidde: 'het is aan werknemers verboden om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daaruit voortvloeit te manifesteren'. Vanwege haar vaste voornemen op het werk de islamitische hoofddoek te dragen werd Achbita op 12 juni 2006 ontslagen.

Volgens het Hof van Justitie is het gevolg van het beginsel van gelijke behandeling dat directe of indirecte discriminatie op grond van religie verboden is. Hier is echter geen sprake van direct onderscheid omdat het beleid van de werkgever is dat alle personeelsleden zonder onderscheid zich neutraal kleden en geen zichtbare tekenen voeren van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen. De regel van de werkgever behandelt alle werknemers van de onderneming gelijk; iedereen moet zich neutraal kleden.

Vormt het bedrijfsreglement dan indirecte discriminatie? Is sprake van een neutraal criterium dat relatief meer personen met een bepaalde overtuiging treft? Volgens Unierecht is discriminatie toelaatbaar als het verschil objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. De wens van een werkgever om neutraliteit uit te stralen naar de klanten is volgens het Hof van Justitie een legitiem doel. Het Hof van Justitie stelt:<sup>20</sup>

'De wens van een werkgever om ten aanzien van de klanten van neutraliteit blijkt te geven, houdt immers verband met de in artikel 16 van het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap, en is, in beginsel, legitiem, met name wanneer de werkgever bij het nastreven van die doelstelling alleen de werknemers betreft die worden verondersteld in contact te treden met de klanten van de werkgever.'

Zo is het dus mogelijk dat de vrijheid van godsdienst, zoals gewaarborgd in artikel 10 lid 1 Handvest en artikel 9 EVRM, in de arbeidsrelatie wordt beperkt door de belangen van onderneming G4S. Dit in het volle besef dat het begrip godsdienst ruim moet worden uitgelegd en zowel het *forum internum* als het *forum externum* omvat, dat wil zeggen de vrijheid om een godsdienst of levensovertuiging aan te hangen én de vrijheid om deze te

20 HvJ 14 maart 2017, *Achbita*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, r.o. 38.

manifesteren.<sup>21</sup> Zijn die religieuze symbolen dan zo storend? Als je als onderneming met een bedrijfsreglement transparant en consequent bent kan blijkbaar worden uitgegaan van een soort van soevereiniteit in eigen kring, die door de kracht van de organisatie ook een externe werking kan hebben, juist waar sprake is van contacten met klanten. Het is in contact met anderen op de markt dat de organisatie een bepaalde identiteit of uitstraling wil bewaken. Blijkbaar is het dragen van een hoofddoek een statement waar bedrijven in relatie tot klanten geen behoefte aan hebben. De filosofie is blijkbaar een van 'no religion, no politics', want door religieuze en politieke manifestaties kunnen mogelijk irritaties ontstaan. Het van de scheiding van kerk en staat afgeleide begrip neutraliteit kan blijkbaar min of meer worden ingezet door een consequente onderneming. De vrijheid van Achbita om op die bewuste werkplek als receptioniste de godsdienst te manifesteren moet wijken voor de regels van de onderneming, dit ondersteund door de vrijheid van ondernemerschap en contractuele vrijheid.

Is dit dan de reinigende werking van het kapitalisme ten opzichte van godsdienstige manifestaties? Het is waar, voor sommige banen mag je ook geen zichtbare tattoo hebben. Of een pruik met het kapsel van een bekend politicus. Het is hier niet zo dat de onderneming over het geloof en leven van Achbita wil heersen. Alleen op die bewuste werkplek wordt de ruimte om een godsdienst te manifesteren beperkt. Mogelijk heeft het te maken met de angst voor islamitisch terrorisme sinds 9/11. Verkeerde ideeën kunnen gevaarlijk worden als ze voor zichzelf het alleenrecht opeisen. Wat hier opvalt is dat wanneer Uniegrondrechten meer betekenis krijgen in horizontale verhoudingen en als interpretatie-leidraad bij primair en secundair Unierecht, dit vanwege de vrijheid van ondernemerschap niet automatisch gunstig hoeft uit te pakken voor het manifesteren van een godsdienst.<sup>22</sup>

De interne regel van de onderneming kan blijkbaar als passend en noodzakelijk worden beoordeeld als het beleid van de werkgever consistent en systematisch wordt toegepast en uitsluitend op werknemers met klantencontacten, zeker als er geen alternatieven zijn om de betrokkenen een andere functie aan te bieden. Gelukkig is door het Hof van Justitie wel een extra grens gesteld. Subjectieve overwegingen, zoals de wil van de werkgever om rekening te houden met een klant die niet wil dat diensten worden verricht door een werknemer met een hoofddoek, vallen buiten het begrip 'wezenlijk en bepalend beroepsvereiste' van artikel 4 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG.<sup>23</sup>

## 4 Rechten en beginselen

In het EU-Handvest van de grondrechten wordt een onderscheid gemaakt tussen rechten en beginselen. Het gaat er om dat rechten worden geëerbiedigd en beginselen worden nageleefd. Alleen die bepalingen die rechtstreekse werking hebben voor de rechter kunnen worden beschouwd als rechten. In het Handvest staan dus ook bepalingen die

---

21 L.A. van Noorloos, 'Artikel 9 EVRM in de Nederlandse strafrechtspraak: geloofsartikel of struikelblok?', in: H. Post en G. van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2014, p. 204.

22 W.T. Eijssbouts e.a. (red.), *Europees recht. Algemeen deel*. Groningen: Europa Law Publishing, 2015, p. 26.

23 HvJ 14 maart 2017, *Bougnaoui*, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204, r.o. 40.

niet duidelijk en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd. Beginselen die nog moeten worden geïmplementeerd komen niet in aanmerking voor rechtstreekse werking. Er is dan nadere Unierechtelijke of nationaalrechtelijke regelgeving nodig voordat zij volle werking kunnen hebben. Lidstaten blijken behoorlijk huiverig voor financiële verplichtingen op basis van beginselen als gezondheidszorg en sociale zekerheid.<sup>24</sup>

Wat is de betekenis van een beginsel als artikel 37 van het Handvest? Dit artikel bepaalt het volgende: 'Een hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten worden geïntegreerd in het beleid van de Unie en worden gewaarborgd overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling.' Het gaat hier om een richtinggevend beginsel dat behoort te worden nageleefd, maar artikel 37 is moeilijk te zien als een subjectief recht. Wanneer een bepaling van het Handvest een beginsel bevat, kan uitvoering worden gegeven door wetgevings- en uitvoeringshandelingen van de Unie en van de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. De rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van die bepalingen blijft beperkt tot de uitlegging van genoemde handelingen en de toetsing van de wettigheid ervan (art. 52 lid 5 Handvest). Blijkbaar heeft een individu geen individueel recht op een hoog niveau van milieubescherming. Wel hebben rechters de taak om inspiratie te halen uit de rechtsbeginselen van de Unie als zij Europees recht interpreteren.

Over beginselen en rechten zijn grote debatten geweest in het licht van de spanning tussen natuurrecht en rechtspositivisme.<sup>25</sup> In zijn aanval op het positivisme vroeg Ronald Dworkin aandacht voor de betekenis van 'principles, policies, and other sorts of standards', kortom normen die geen regels zijn.<sup>26</sup> Recht bestaat uit meer dan geschreven wetten en jurisprudentie alleen. Wetten behoeven interpretatie. Volgens Dworkin is kenmerkend voor de rechterlijke praktijk dat rechters in moeilijke zaken het juiste antwoord proberen te vinden door het afwegen van de morele beginselen die de rechtsregels van een redelijk doel voorzien. Rechters zouden altijd naar een juist antwoord moeten streven vanuit het gezichtspunt van de hoogste beginselen van het recht. Deze beginselen bieden achtergrondoriëntatie voor de interpretatie van regels.<sup>27</sup>

In dat licht is het goed te beseffen dat de voornaamste doelstelling van de Europese Gemeenschap de gemeenschappelijke markt was, het wegwerken van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, zodat een ruimte zonder binnengrenzen kon ontstaan. Tegenwoordig zijn echter steeds meer niet-economische doelstellingen belangrijk geworden, aangevuld met waarden (art. 2 VEU) waar de Unie nu op berust. Ook kan worden gewezen op teksten in het Unieverdrag waar rechters wel uit de voeten mee kunnen: het proces van totstandbrenging van een steeds hechter verband tussen de volkeren van Europa (art. 1 VEU). Volgens Dworkin ziet de rechter zijn beslissing in een moeilijke zaak niet als een schepping vanuit het niets. Het gaat niet om

24 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*. Deventer: Wolters Kluwer, 2017, p. 37.

25 Werner Maihofer (red.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962.

26 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, 1997, p. 22.

27 C.W. Maris en F.C.L.M. Jacobs, *Recht, orde en vrijheid. Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*. Deventer: Kluwer, 2011, p. 27.

een persoonlijke voorkeur van de rechter. De rechter zal recht spreken vanuit de 'geest' van het positieve recht. Dan gaat het om moreel-juridische beginselen die het achterliggende motief vormen van wetgeving en rechtspraak. Bij deze beginselen gaat het niet om objectieve natuurrechtelijke waarden die aan het rechtssysteem vooraf zijn gegeven. De beginselen zijn juist met het rechtstelsel verbonden. Dit zou bij Dworkin kunnen leiden tot een soort cultuurrelativisme hetgeen moeilijk past bij de universele pretenties van het natuurrecht. In zijn boek *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundsätzen der Gesellschaftsordnung* (1943) vulde Emile Brunner natuurrecht meer in als materiële rechtsbeginselen die een essentiële of constitutieve rol spelen in het positieve recht. Brunner benadrukte daarbij sterk dat alle mensen door God naar Zijn beeld zijn geschapen en op gelijke wijze verantwoordelijk zijn tegenover God.<sup>28</sup> Daarin gegrond is volgens hem de menselijke waardigheid, die aan alle mensen op gelijke wijze toekomt.<sup>29</sup> Het kan bijna geen toeval zijn dat niet vrijheid of gelijkheid maar juist menselijke waardigheid in 2000 het eerste artikel van het EU-Handvest van de grondrechten is geworden.

Wel jammer is dat het Handvest geen afgebakend lijstje met de beginselen geeft. Want niet altijd kan makkelijk worden afgeleid of het bij een bepaling gaat om een recht of een beginsel. Verwarrend is ook dat een bepaling zelfs zowel elementen van een recht als van een beginsel kan bevatten. Onbegrijpelijk is dit volgens Schütze echter niet. Een beginsel kan een recht deels overlappen, een recht is vaak een concretisering van een beginsel.<sup>30</sup>

Vanwege het algemeen belang en de rechten van anderen dienen fundamentele rechten in beginsel altijd beperkt te kunnen worden. Uitzondering zijn het recht op leven en het martelverbod. In de Nederlandse Grondwet volgen op de constitutionele vrijheden meestal de specifieke beperkingen per bepaling. Maar in het Handvest is gekozen voor een bepaling met algemene beperkingen voor de fundamentele rechten in het slot van het document. Volgens artikel 52 lid 1 Handvest moeten beperkingen 'bij wet' worden gesteld en de 'wezenlijke inhoud' van die rechten en vrijheden eerbiedigen. De eis van beperkingen 'bij wet' betekent dat schendingen van mensenrechten die zijn gebaseerd op zelfstandige besluiten van de uitvoerende macht niet zijn toegestaan. Maar wat betekent het 'bij wet' verder? Geldt hier de eis van de democratische legitimiteit van de formele wet, een besluit van de regering en het parlement? Op de achtergrond speelt hier de zeggenschap van de burgers bij het rechtstreeks gekozen parlement. Zouden de rechten in het Handvest dan alleen beperkt kunnen worden door een wet die is gemaakt volgens een procedure waar het Europees Parlement een vetorecht heeft? Zover heeft men in artikel 52 lid 1 Handvest met het 'bij wet' niet willen gaan. Om alle beperkingen op grondrechten door de gedelegeerde uitvoerende macht problematisch te verklaren, zou de bevoegdheid van de uitvoerende macht te zeer kortwieken. Het gaat inzake beperking bij wet gesteld in artikel 52 lid 1 om het begrip wet in materiële zin, niet om direct democratische betrokkenheid bij de beperking. De algemeenheid van de norm

---

28 Emil Brunner, *Gerechtigkeit. Eine leer von den grundbeginselen ener maatschappelijke orde* (1943). Vertaling G. van Overbeek. Emil Brunner, *Gerechtigkeit*. Met een inleiding van Timon Slootweg. Oud-Turnhout & 's-Hertogenbosch: Gompel & Svacina, 2018.

29 H.J. van Eikema Hommes, *Hoofddlijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie*. Deventer: Kluwer, 1981, p. 293-294.

30 R. Schütze, a.w., p. 461.



wordt gezien als voldoende garantie tegen willekeurige bemoeienis die het beginsel van gelijkheid voor de wet zouden schenden.<sup>31</sup>

Naast de eis van ‘bij wet’ dient ten tweede de ‘wezenlijke inhoud’ van de rechten en beperkingen geëerbiedigd te worden. Dat kan worden gezien als een garantie voor de zelfstandigheid van het fundamentele recht ten opzichte van het evenredigheidsbeginsel, dat volgens Schütze in een wegingsproces niet altijd voldoende weerstand zal kunnen bieden aan het gewicht van het algemeen belang of de rechten van anderen.<sup>32</sup> Ten derde geldt volgens artikel 52 lid 1 van het Handvest dat, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, beperkingen slechts kunnen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

In de zaak *Digital Rights Ireland* verklaarde het Hof van Justitie Richtlijn 2006/24 nietig omdat de inbreuk op de fundamentele rechten in naam van de openbare veiligheid onevenredig was.<sup>33</sup> In deze zaak maakt het Hof van Justitie een scherp onderscheid tussen enerzijds de schending van de wezenlijke kern van het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven en de andere door artikel 7 van het Handvest erkende rechten, en anderzijds de schending van het evenredigheidsbeginsel. De door Richtlijn 2006/24 voorgeschreven bewaring van gegevens was weliswaar een bijzonder zware inmenging in de rechten, maar raakte niet aan de inhoud ervan, aangezien deze richtlijn 2006/24 niet de mogelijkheid bood om kennis te nemen van de inhoud zelf van de elektronische communicaties (r.o. 39). De bewaring van gegevens deed evenmin afbreuk aan de wezenlijke inhoud van het door artikel 8 van het Handvest erkende fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens (r.o. 40). Vervolgens wordt vanaf r.o. 45 uitgelegd dat de Richtlijn wel de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen had overschreven die in het licht van de artikelen 7, 8 en 52 lid 1 Handvest in acht hadden moeten worden genomen.<sup>34</sup>

## 5 Conclusie

Uit de constitutionele tradities van de lidstaten vloeien fundamentele rechten voort die zijn bevestigd in het EU-Handvest van de grondrechten en vaak corresponderen met het EVRM en andere bronnen. Maar grondrechten zijn geen absolute rechten en zij kunnen worden beperkt. Elke beperking van een fundamenteel recht moet noodzakelijk zijn in het licht van het algemeen belang of de rechten van anderen. Volgens het Hof van Justitie kan de vrijheid van godsdienst in een arbeidsrelatie worden beperkt door de wens van een werkgever om ten aanzien van klanten blijkt te geven van neutraliteit, een wens die verband houdt met de vrijheid van ondernemerschap uit het EU-Handvest van de grondrechten. De uitspraak pakt hier dus minder goed uit voor de vrijheid van gods-

31 R. Schütze, a.w., p. 463.

32 R. Schütze, a.w., p. 464.

33 HvJ 8 april 2014, *Digital Rights Ireland en Seitlinger e.a.*, zaken C-393/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238. Zie J.W. Sap (red.), *Jurisprudentie Europees recht 1963-2018*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2019, p. 447-461.

34 R. Schütze, a.w., p. 464.



dienst, maar gelukkig zijn er ook werkplekken waar die vrijheid van ondernemerschap en neutraliteit minder zwaar tellen of waar geen sprake is van kledingvoorschriften. Juist omdat het evenredigheidsbeginsel soms onvoldoende weerstand kan bieden in het wegingsproces tegen het algemeen belang en de rechten en vrijheden van anderen, blijft het zaak oog te houden voor de kern of het wezen van een grondrecht. Soms kan de beperking van een grondrecht noodzakelijk zijn, maar het uitgangspunt dient te zijn dat de essentie van een grondrecht altijd moet worden gerespecteerd. Ook wanneer een nationale rechter met goede redenen rekening wil houden met de neutrale uitstraling van een bedrijf, dient de rechter alert te blijven op mogelijke discriminatie van moslimvrouwen.

# Aanpak van toeristische verhuur

## Over leefbaarheid en legaliteit

*Prof. mr. A.E. (Jon) Schilder*

### 1 Inleiding

De toestroom van grote hoeveelheden toeristen in sommige steden, zet de leefbaarheid van bepaalde wijken onder druk. Als oorzaak daarvan wordt vooral gewezen op de massale verhuur van woningen aan toeristen via online platforms. Bewoners kunnen overlast ondervinden van luidruchtige toeristen in hun directe omgeving en zien daarnaast met lede ogen de veranderingen in het sociale karakter van hun wijk aan.<sup>1</sup>

Als gevolg daarvan nemen steeds meer gemeenten maatregelen tegen de overlast die door het verhuren van een woning van toeristen kan ontstaan.<sup>2</sup> Zo ook de gemeente Amsterdam, die per 1 januari 2019 de zgn. dertigdagenregeling invoerde. Het betreft hier een onderdeel van de huisvestingsverordening, op grond waarvan het verboden is om langer dan 30 dagen in het jaar woningen te verhuren.

Overtredingen van dit verbod kunnen stevig worden aangepakt. Eigenaren die zich niet houden aan de voorschriften omtrent toeristische verhuur, riskeren boetes van duizenden euro's. De gemeentelijke bemoeienis ervaren zij als een inbreuk op hun eigendomsrecht doordat hen de mogelijkheid wordt ontnomen hun pand - binnen de mogelijkheden van het bestemmingsplan - te gebruiken zoals hen dat goeddunkt. Omwonenden daartegen die overlast ondervinden van steeds weer andere vakantievierende burens, zullen de nieuwe aanpak anders waarderen.

Bij deze aanpak rijzen een aantal vragen waarvan ik denk dat die ook in de belangstellingssfeer liggen van de scheidende hoogleraar, die zolang als ik hem ken het omgevingsrecht bestudeerde en ook met passie doceerde. Waaraan ontleent het gemeentebestuur zijn bevoegdheid om op deze wijze in te grijpen in de vrijheidssfeer van burgers? Wat is de rol van de rechter bij de toetsing van dit overheidsoptreden? Welke betekenis is er voor het legaliteitsbeginsel?

### 2 Regulering van woon- en leefklimaat

In ons land zijn er tal van wetten waarmee gemeentebesturen het woon- en leefklimaat kunnen reguleren. De Wet ruimtelijke ordening is daarvan ongetwijfeld een van de

---

1 Zie bijvoorbeeld <https://www.trouw.nl/home/overlast-door-airbnb-moeilijk-aan-te-pakken-aa5ede26/>

2 Zie <https://www.gemeente.nu/ruimte-milieu/leefomgeving/regelgeving-om-airbnb-overlast-te-verminderen-lokaal-of-landelijk/>

belangrijkste, met daarin de bevoegdheid van de gemeenteraad om in het bestemmingsplan vast te leggen welke functies op welke plaats zijn toegestaan. Op deze wijze kan bijvoorbeeld handhavend worden opgereden tegen het gebruik van een woning als vakantiehuis voor toeristen.<sup>3</sup> Sommige gemeenten hebben hierover ook beleid vastgesteld.<sup>4</sup> In de praktijk zijn er evenwel praktische bezwaren om het ruimtelijke ordeningsrecht in te zetten tegen overlast bij particuliere verhuur. In veel gevallen houdt de eigenaar zijn hoofdverblijf in een woning en wordt de bestemde functie niet aangetast. En ook als daarin verandering komt door het grote aantal nachten dat eigenaren hun woning (deels) verhuren - waardoor er feitelijk sprake is van een bedrijf - is handhaving wegens strijd met het bestemmingsplan lastig. Voor de gemeente is het ondoenlijk om per woning te controleren of en zo ja hoe vaak er verhuur aan toeristen plaatsvindt.

Ook APV-bepalingen vormen een belangrijke functie bij de bescherming van het woon- en leefklimaat. Tal van dit soort voorschriften bevatten verbodsnormen specifiek gericht tegen allerlei vormen van overlast, maar die lenen zich niet om op te treden tegen eigenaren die hun woning aan toeristen ter beschikking stellen.

Een relatief nieuwe wet die ook expliciet is bedoeld tegen overlast als gevolg van verhuur aan toeristen is de Wet aanpak woonoverlast, die op 1 juli 2018 in werking is getreden. Op grond van art. 151d Gemeentewet kan de burgemeester - indien de gemeenteraad de daarvoor benodigde verordening heeft vastgesteld - gedragsaanwijzingen opleggen aan de eigenaar ter bestrijding van 'ernstige en herhaaldelijke hinder voor omwonenden'. Maar ook van deze wet kunnen geen wonderen worden verwacht; een eigenaar beschikt zelf veelal ook niet over de mogelijkheid om het gedrag van zijn gasten te reguleren, die na een paar dagen veelal weer worden afgewisseld door bezoekers uit heel andere windstreken.

Het wekt dan ook geen verbazing dat gemeentebesturen naarstig op zoek zijn naar andere instrumenten om de problemen te lijf te gaan. De wettelijke regeling waarop nu alle ogen zijn gericht is de Huisvestingswet 2014, in het bijzonder de daarop te baseren huisvestingsverordening die B&W de mogelijkheid geeft een huiseigenaar met boetes te bestraffen in het geval van onttrekking van woonruimte indien daarvoor geen vergunning is verleend.

---

3 Zie ABRS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1750. Hierin overwoog de Afdeling: 'De rechtbank heeft terecht, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 23 oktober 2013 in zaak nr. 201300024/1/A1, overwogen dat uit de in het bestemmingsplan opgenomen definitie van het begrip woning, het vereiste van een zekere duurzaamheid in het gebruik volgt. Bij een vorm van verblijf in het kader van vrijetijdsbesteding, waarbij de woning wordt verhuurd aan derden als recreatieverblijf, is geen sprake van een zekere duurzaamheid, zodat dit niet kan worden aangemerkt als gebruik als woning. Het kortstondig recreatief verhuren van de woning is, gelet op artikel 30, eerste lid, van de planvoorschriften, in strijd met de op het perceel rustende bestemming "Woondoeleinden". De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het college bevoegd is handhavend tegen het gebruik van de woning op het perceel op te treden.'

4 Zoals de gemeente Utrecht in mei 2018: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2018-113410.html>.

### 3 De 60 - en 30 -dagen regeling

De gemeenteraad van Amsterdam heeft in 2017 besloten om de zgn. 60-dagenregeling vast te stellen in de huisvestingsverordening. De relevante bepaling luidt als volgt (art. 3.1.2 lid 5):

‘Voor het onttrekken aan de bestemming tot bewoning ten behoeve van vakantieverhuur is geen vergunning als bedoeld in artikel 21 van de wet noodzakelijk mits en zolang:

- a. de hoofdbewoner de woning feitelijk als woonverblijf heeft en deze bewoner ook als zodanig in de basisadministratie staat ingeschreven;
- b. vakantieverhuur maximaal 60 dagen per jaar plaatsvindt;
- c. aan niet meer dan vier personen per nacht onderdak wordt verleend;
- d. geen sprake is van een huurwoning in eigendom van een woningcorporatie, en
- e. de hoofdbewoner, elke keer voordat het gebruik ten behoeve van vakantieverhuur start, deze wijze van gebruik van woonruimte door middel van en door burgemeester en wethouders voorgeschreven formulier elektronisch heeft gemeld bij burgemeester en wethouders.’

De toelichting meldt hierover:

‘De beperking van 60 dagen per kalenderjaar is gesteld omdat een langere termijn de leefbaarheid in de buurt van de verhuurde woning te zeer onder druk zet, doordat het bedrijfsmatige karakter van de woningexploitatie te veel de overhand krijgt. Dit heeft zijn invloed heeft op de leefbaarheid in de stad. Hierbij gaat het niet uitsluitend om overlast. Ook de woonomgeving, de cohesie en bedrijvigheid in een buurt ondervinden tevens gevolgen van toeristische verhuur. De toename van het aantal woningen dat veel langer dan 60 dagen tot permanent aan toeristen wordt verhuurd en de daarmee samenhangende toenemende druk op de stad, vraagt om stringente handhaving op naleving van de voorwaarden, waaronder het 60 dagen-criterium.’

Als vrij snel werd deze termijn kennelijk onvoldoende gevonden, want in november 2016 nam de gemeenteraad van Amsterdam een motie aan waarin de wens werd uitgesproken om het maximum aantal verhuurdagen terug te schroeven tot maximaal 30. In de toelichting lezen we dat Amsterdammers ‘in toenemende mate overlast ervaren van particuliere vakantie-verhuur en de bijdrage daaraan aan geconcentreerde toeristische drukte, voornamelijk in de binnenstad’. Deze drukte zou verder negatieve effecten hebben ‘op de leefbaarheid en sociale cohesie in verschillende buurten’.<sup>5</sup>

In het in december 2018 aangenomen voorstel van het college aan de raad om het aantal van 60 dagen terug te brengen naar 30 wordt het motief van de bevordering van de leefbaarheid nog eens uitdrukkelijk bevestigd.<sup>6</sup>

Het is dus duidelijk dat de beperkingen die aan eigenaren worden opgelegd om hun huis te verhuren, niet zozeer zijn ingegeven vanuit het perspectief van eerlijke verdeling van schaarse woonruimte, maar om iets te doen tegen de overlast die wordt ervaren als gevolg van een toenemende stroom van toeristen die de stad bezoeken waarmee ook wijken van karakter veranderen.

<sup>5</sup> Motie Moorman, Flentge, Nuijens; 9 november 2016, Gemeentebled afd. 1, nr. 1479.

<sup>6</sup> In de brief van 9 januari 2018 aan de raad schrijft het college letterlijk dat het met een termijn van 30 dagen de invloed van vakantieverhuur op het woon- en leefmilieu wil beperken.

Dat het gemeentebestuur maatregelen neemt ter bevordering van de leefbaarheid van de stad, zal alom worden toegejuicht. Maar nu deze ingreep tegelijkertijd een forse beperking betekent van vrijheid van eigenaren tot de verhuur van (een deel van) hun woning, is de vraag relevant waaraan precies de gemeenteraad de legitimatie daartoe ontleent.

## **4 De Huisvestingswet 2014**

### **4.1 Woningnood**

Regels die huiseigenaren beperken in hun eigendomsrecht kennen we al lang. Zo kon in het begin van de Tweede Wereldoorlog op grond van het Algemeen Vorderingsbesluit 1940 woonruimte worden gevorderd in verband met de grote woningnood die zich toen manifesteerde. Kort na de oorlog vormde de Woonruimtetwet 1947 het wettelijke kader voor de verdeling van schaarse woonruimte. Sindsdien is schaarste aan betaalbare woningen steeds het leidende motief geweest van de huisvestingswetgeving. Zo lezen we in de considerans van de Huisvestingswet 2014 'Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is nieuwe regels te stellen met betrekking tot de verdeling van woonruimte en de samenstelling van de woonruimtevoorraad...'. Dat het de gemeentelijke regelgever ook uitdrukkelijk verboden is om zich andere belangen aan te trekken, is vastgelegd in art. 2 lid 1: 'De gemeenteraad maakt van zijn bevoegdheden op grond van deze wet slechts gebruik indien dat noodzakelijk en geschikt is voor het bestrijden van onevenwichtige en onrechtvaardige effecten van schaarste aan goedkope woonruimte'.

Dit roept de vraag op waarop gemeenteraden hun bevoegdheid baseren tot het vaststellen van verordeningsoepalingen die niet primair gericht zijn op de regulering van schaarse woningruimte, maar vooral op de bevordering van de leefbaarheid en het tegengaan van overlast van verhuur aan toeristen.

### **4.2 Bescherming woon- en leefklimaat**

#### **4.2.1 Regels over selectieve woningtoewijzing**

Zoals blijkt uit art. 2 van de Huisvestingswet 2014 is de regelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad beperkt. Dat lag in het oorspronkelijke voorstel van de wet anders. Ook de bevordering van de leefbaarheid werd daarin genoemd als een beschermenswaardig belang, naast het bestrijden van onevenwichtige en onrechtvaardige effecten van schaarste aan goedkope woonruimte. Waarom was dit oogmerk in het wetsvoorstel opgenomen en waarom is het er weer uitgehaald?

De toevoeging van 'leefbaarheid' had een specifieke reden. In het regeerakkoord *Samen Werken, Samen Leven* van 2007 was gesteld dat er, naast sturing op de woonruimteverdeling in verband met schaarste, een breed gevoelde behoefte is leefbaarheidsproblemen mede met behulp van woonruimteverdeling te kunnen bestrijden. Gedacht werd daarbij aan de notoire probleemwijken, met daarin veel werkloosheid en overlastproblematiek. Op grond van de nieuwe Huisvestingswet zouden, zoals dat al op sommige plaatsen mogelijk was op grond van de zgn. Rotterdamwet, bepaalde categorieën van huurders - lees: mensen zonder inkomen - geweigerd moeten kunnen worden. Het was aan de

gemeenteraad om dit in de huisvestingsverordening nader uit te werken, afhankelijk van de lokale behoefte om overlastproblemen op deze manier tegen te gaan.

Mede naar aanleiding van kritiek van de Raad van State is de regering van dit idee afgestapt, met als motivering:<sup>7</sup>

‘Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II 2009/10, 32 271, nr. 3) is aangegeven, is een langdurige, intensieve en samenhangende aanpak nodig om overlast tegen te gaan en de leefbaarheid in wijken en buurten te bevorderen. Dit kan niet worden gerealiseerd door het opnemen van een bepaling in de Huisvestingswet waarmee het mogelijk wordt gemaakt om in de huisvestingsverordening vast te leggen dat aan bepaalde groepen van woningzoekenden op basis van bepaalde sociale kenmerken bij de toewijzing van woonruimte voorrang wordt gegeven.’

#### 4.2.2 *Regels over onttrekking van woonruimte*

Mogen gemeentebesturen nu bij de uitoefening van hun bevoegdheden krachtens de Huisvestingswet 2014 dus geen rekening houden met het belang van de bescherming van het woon- en leefklimaat? Die conclusie lijkt met de tekst van art. 2 Hvw en de genoemde wetsgeschiedenis voor de hand te liggen, maar de situatie ligt wat genuanceerder. Leefbaarheid kon op grond van de oude Huisvestingswet wel degelijk een rol spelen en kan dat nu ook nog steeds. Niet bij de verdeling van schaarse woonruimte, maar wel bij de besluitvorming door het college van B&W omtrent verzoeken die betrekking hebben op wijziging in de woonruimtevoorraad op grond van art. 21 Hvw.<sup>8</sup> Tot die wijzigingen behoren onder meer het onttrekken van woonruimte of het omzetten van zelfstandige in onzelfstandige woonruimte, zoals het verkameren van een eengezinswoning tot een studentenhuus. Bij een dergelijke omzetting kan het college rekening houden met mogelijke effecten op de leefbaarheid. Dit kon volgens vaste jurisprudentie al op grond van de oude Huisvestingswet en volgens de regering kan die praktijk onder de Huisvestingswet 2014 worden bestendigd. In de MvA aan de Eerste Kamer heeft de regering dit als volgt verwoord:

‘Onder het belang van het behoud of de samenstelling van de woonruimtevoorraad kan naast schaarste ook gedacht worden aan andere belangen, zoals wanneer het verlenen van de vergunning zou kunnen leiden tot een onaanvaardbare inbreuk op een geordend woon- en leefmilieu in de omgeving van het betreffende pand. Dit is ook de lijn van de jurisprudentie op basis van de vigerende Huisvestingswet, waarin dit wetsvoorstel geen verandering wil brengen.’<sup>9</sup>

Onder omstandigheden mag het belang van leefbaarheid dus een rol spelen, maar in deze passage lijkt de regering toch vooral het oog te hebben op individuele gevallen waarbij het college kan kijken naar de effecten van de vergunningverlening voor de directe omgeving van het pand. Voor algemene regels die een ander doel hebben dan de

7 *Kamerstukken II 2009/10, 32 271, nr. 7, p. 5; zie verder voor de Nota van Wijziging waarmee het begrip leefbaarheid in het voorgestelde art. 2 werd geschrapt Kamerstukken II 2009/10, 32 271, nr. 8 p. 2.*

8 M. Vols & R. de Boer, De Huisvestingswet 2014 en de aanpak van misstanden rondom kamerverhuur, *Gst.* 2018/99.

9 *Kamerstukken I 2013/14, 32 271, C, p. 3.*

verdeling van schaarse woonruimte ontbreekt - gelet op tekst van de wet (art. 2) en de wetgeschiedenis - een duidelijke wettelijke grondslag.

#### **4.2.3 Jurisprudentie**

De vraag die dan rijst is wat de wettelijke grondslag is voor het beleid van het gemeentebestuur om op te treden tegen personen die hun woning tijdelijk verhuren aan toeristen zonder dit te hebben gemeld of dit langer dan 30 dagen per jaar doen.

Uit een brief van het College van B&W van Amsterdam van 9 januari 2018 aan de raad blijkt dat een dergelijke handelwijze beschouwd wordt als onttrekking van woonruimte, waarvoor vergunning is vereist. In deze brief wordt dit met een verwijzing naar een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam onderbouwd, die oordeelde dat ook bij incidentele verhuur aan toeristen in een bewoonde woning sprake is van woningonttrekking.<sup>10</sup> In de visie van de rechtbank wordt een woning onttrokken zodra sprake is van ander gebruik dan permanente bewoning, met als argument dat tijdens de verhuur een woning niet voor bewoning kan worden gebruikt.

Voor het College was deze uitspraak een belangrijke steun in de rug, omdat er aarzelingen zouden bestaan over de rechtmatigheid van een 30-dagentermijn. Met spanning werd dan ook uitgekeken naar de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Inmiddels zijn er meerdere uitspraken. In eerste instantie ging het daarbij steeds om zaken waarbij de eigenaar niet zijn hoofdverblijf in een woning had, zoals die waarin een verhuurder zijn tweede woning gebruikte voor verhuur aan toeristen. Toezichthouders hadden geconstateerd dat de woning via de website [www.booking.com](http://www.booking.com) voor vier nachten aan toeristen was verhuurd, waarna de eigenaar een boete van €12.000,00 werd opgelegd wegens onttrekking van de woning aan de woningvoorraad. De Afdeling oordeelde op 11 juli 2018 dat de rechtbank terecht heeft overwogen (onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2803) dat het beleid van het college om tweede woningen uit te zonderen van toegestane vakantieverhuur omwille van de leefbaarheid van de omgeving van de desbetreffende woonruimte niet onredelijk moet worden geacht.<sup>11</sup>

In een uitspraak van 29 augustus 2018 ging het om een pand dat eveneens aan toeristen werd verhuurd en waar de appellanten op dat moment niet op hetzelfde adres stonden ingeschreven.<sup>12</sup> In deze uitspraak laat de Afdeling zich uit over de vraag of er ook sprake is van onttrekking bij incidentele verhuur voor een korte periode:

‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3155 volgt uit de verhuur van de woning aan en het gebruik van de woning door toeristen dat deze niet beschikbaar was voor duurzame bewoning en dat deze derhalve aan de woonruimtevoorraad was onttrokken. Ook het eenmaal voor een korte periode verhuren van een woning kan worden aangemerkt als woningonttrekking, zo volgt uit voormelde uitspraak.’

---

10 <https://www.amsterdam.nl/bestuur-organisatie/college/wethouder/laurens-ivens/persberichten/amsterdam-verkort/>

11 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2307.

12 ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2833.

Daarmee stond vast dat in de optiek van de Afdeling al snel sprake is van onttrekking. Van belang is kennelijk niet de duur van de periode, maar de functiewijziging van de woning als gevolg van verhuur. De uitspraak is daarnaast ook van belang vanwege passages over de leefbaarheid als mogelijk te beschermen belang.

‘4.3. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 21, aanhef en onder a, van de Huisvestingswet 2014 blijkt dat de Huisvestingswet gemeenten een instrumentarium biedt om in te grijpen in de woonruimteverdeling en de samenstelling van de woonruimtevoorraad voor het bestrijden van onevenwichtige en onrechtvaardige effecten van schaarste aan goedkope woonruimte. De Huisvestingswet beoogt daarnaast een instrumentarium te bieden ter bevordering van de leefbaarheid indien is voldaan aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. (Kamerstukken II 2009/10, 32 271, nr. 3, blz. 1).’

En verder:

‘In de artikelsgewijze toelichting op het vastgestelde artikel 21 staat vervolgens:  
"De gemeenteraad kan in de huisvestingsverordening bepalen dat het verboden is om woonruimte geheel of gedeeltelijk aan de bestemming tot bewoning te onttrekken, [...] zonder vergunning daartoe van burgemeester en wethouders. [...] De gemeenteraad bepaalt in de huisvestingsverordening op welke woonruimten het vergunningvereiste van toepassing zal zijn. Het gaat hierbij om het gebied en de hoogte van de huur- en koopprijs van de woonruimte. Het kan van belang zijn om woonruimte die niet behoort tot de op grond van artikel 7 aangewezen categorieën met het oog op de leefbaarheid voor onttrekking te behoeden. Op basis van artikel 22 kunnen gemeenten bijvoorbeeld sturen op het onttrekken van woningen als tweede woning of vakantiehuis door toeristen." (Kamerstukken II 2009/2010, 32 271, nr. 3, blz. 51-52).

In de totstandkomingsgeschiedenis van de Huisvestingswet 2014 staat verder:

"Bij het instellen van een vergunning voor woningvorming dient de gemeente te onderbouwen waarom het voor die specifieke categorie van woningen en voor de aangewezen wijk noodzakelijk is met het oog op de leefbaarheid en de samenstelling van de woonvoorraad. Net als bij het instellen van een vergunning voor omzetting, samenvoeging of onttrekking is het mogelijk dat de gemeenteraad een dergelijke maatregel noodzakelijk acht voor het hele grondgebied van de gemeente. [...] Reeds sinds de inwerkingtreding van de Huisvestingswet wordt er onder «het behoud en de samenstelling van de woonvoorraad» ook verstaan de invloed op de woonomgeving en de leefbaarheid." (Kamerstukken II 2013/14, 33 797, nr. 3, blz. 9-10)."

De vraag die na het wijzen van deze uitspraak nog overeind bleef was of de Afdeling deze algemene lijn ook zou volgen wanneer de verhuurder zijn hoofdverblijf houdt in een woning en die voor korte tijd verhuurt, bijvoorbeeld wanneer hij op vakantie is. Valt een dergelijk gebruik nog steeds als onttrekking aan te merken wanneer de bewoner zijn pand (ook) nog steeds voor zich zelf gebruikt als woning?

Inmiddels is ook deze vraag bevestigend beantwoord. In een uitspraak van 6 februari 2019 ging het om een gezin dat in de periode van eind 2015 tot in ieder geval juni 2016 in verband met werk regelmatig in de Verenigde Staten verbleef.<sup>13</sup> Toen een omwonende zag dat elke week andere mensen op het balkon stonden te roken en dat de woning op de website van Airbnb werd aangeboden, maakte deze melding bij de gemeente die bij controle vijf toeristen aantrof in de woning. Het argument dat de eigenaar dit pand als

13 ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:317.



hoofdverblijf gebruikte en dat er geen sprake was van onttrekking trof geen doel in de ogen van de Afdeling:

‘Dat [appellant A] ten tijde van belang in de basisregistratie personen op het adres van de woning stond ingeschreven en aldaar zijn hoofdverblijf had, laat onverlet dat de woning gedurende de verhuur niet als woning kon worden gebruikt en doet derhalve aan het voorgaande niet af (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2833). Door de verhuur van de woning aan toeristen is sprake van een wijziging van de functie van het gebruik. De woning werd door de verhuur aan toeristen gebruikt voor een ander doel dan voor bewoning.’

Dat de Afdeling voor het begrip onttrekking niet relevant acht of de eigenaar er zijn hoofdverblijf heeft, werd ook al duidelijk in het geval waarin een bewoner zijn slaapkamer gebruikte voor wietteelt. Daarmee had hij zich schuldig gemaakt aan gedeeltelijke onttrekking van woonruimte aan de woningvoorraad, aldus de Afdeling.<sup>14</sup>

## 5 Legaliteit

Met deze jurisprudentie in de rug hoeven gemeenten zich niet veel zorgen meer te maken over regels in de Huisvestingsverordening waarin grenzen worden gesteld aan het aantal dagen dat eigenaren hun woning ter beschikking mogen stellen aan toeristen. Toch rijzen er wel de nodige vragen. Gelet op het ingrijpende karakter van het nieuwe beleid (de boetes lopen op van 6000 euro tot een veelvoud daarvan) dient er daarvoor op grond van het legaliteitsbeginsel een specifieke wettelijke grondslag te zijn.<sup>15</sup> Het moet met andere woorden duidelijk zijn dat de wetgever de gemeenteraad daartoe expliciet heeft willen machtigen.

### 5.1 Onttrekking?

De eerste vraag die daarbij relevant is, is wanneer er nu eigenlijk sprake is van onttrekking van woonruimte. Deze vraag moet worden beantwoord in het licht van de doelstelling van de Huisvestingswetgeving. Van meet af aan is het daarbij de bedoeling geweest van de wetgever om de problematiek van woningnood aan te pakken. Dat was zo’n 80 jaar geleden de hoofdoelstelling en dat is zij nog steeds: in steden waar woningnood is, moet een rem (kunnen) worden gezet op maatregelen waardoor het aanbod van (betaalbare) woningen vermindert. Het is dan aan de gemeenteraad om daarover desgewenst nadere regels te stellen in de Huisvestingsverordening.

Hoe zit het dan met de situatie waarin een eigenaar die een lang weekend op pad gaat zijn woning verhuurt aan een echtpaar uit Rome dat onze hoofdstad wil verkennen? Wordt zijn woningruimte daarmee onttrokken aan de woonruimtevoorraad? Uiteraard niet. De eigenaar keert gewoon weer terug naar zijn eigen woning. Op geen enkele manier verandert er iets aan de beschikbare hoeveelheid woonruimte: de wachtlijst van woningzoekenden wordt er niet korter of langer van. Het kan zijn dat het bezoekende echtpaar veel overlast veroorzaakt, maar op de schaarsteproblematiek heeft dat geen

---

<sup>14</sup> Uitspraak van 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1754.

<sup>15</sup> Zie F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiele wetsbegrip*, W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 107 e.v.

invloed. De figuur van de onttrekking is gerelateerd aan schaarste en heeft weinig te maken met de wijze waarop een pand wordt gebruikt. Niettemin meent de Afdeling dat alleen al uit de verhuur van een woning aan toeristen blijkt dat deze niet beschikbaar was voor duurzame bewoning en dat er 'derhalve' sprake is van onttrekking. Deze jurisprudentiële truuk - want dat is zij - biedt de nodige perspectieven voor beleidsmakers, maar in de wet of in de wetsgeschiedenis vinden we daarvoor onvoldoende aanknopingspunten. De Afdeling lijkt hier - ongetwijfeld rekening houdend met de maatschappelijke problematiek - meer aan rechtsvorming dan aan rechtsvinding te doen.

De redeneerlijn ten aanzien van het begrip onttrekking biedt aan gemeentebesturen handelingsvrijheid, maar veroorzaakt ook rechtsonzekerheid. Kan de bewoner die enkele maanden gaat studeren in het buitenland nog zorgeloos aan woningruil doen? Wat moet het gepensioneerd stel dat gaat overwinteren in Spanje? Is het pand wel aan te merken als beschikbaar voor duurzame bewoning als zij onderverhuren of wanneer ze het juist leeg laten staan? Dit zijn stuk voor stuk geen academische kwesties, maar reële zorgen bij inwoners van Amsterdam die mede het gevolg zijn van deze jurisprudentie.<sup>16</sup>

Ook vanuit andere invalshoek vallen er bij de 30-dagenregeling en de jurisprudentie van de Afdeling kanttekeningen te plaatsen.

## **5.2 Leefbaarheid**

Aan de 30-dagenregeling ligt primair het motief van de leefbaarheid ten grondslag. Dat blijkt duidelijk uit de ontstaansgeschiedenis en de toelichtende teksten. Tijdens de parlementaire geschiedenis van de Huisvestingswet 2014 is dit belang zoals gezegd expliciet geschraapt uit het wetsvoorstel. Niettemin is het wel waarschijnlijk dat de wetgever niet heeft willen breken met de al onder de oude wet bestaande jurisprudentie waarin het belang van de bescherming van de leefbaarheid wel een zekere rol mag spelen. Niet bij de toelating tot de woningmarkt maar wel in de sfeer van onttrekking en omzetting. Het meest duidelijk wordt dat uit de eerder geciteerde passage in de eindfase van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van de Huisvestingswet 2014, die ook geschreven is nadat expliciet besloten was dat leefbaarheid geen zelfstandig te beschermen belang mocht zijn van de huisvestingsverordening. Ik doel daarbij op de opmerking van de regering in de MvA aan de Eerste Kamer waarin zij meldt dat leefbaarheid een rol kan spelen, met als voorbeeld de situatie waarin het verlenen van een vergunning zou kunnen leiden 'tot een onaanvaardbare inbreuk op een geordend woon- en leefmilieu in de omgeving van het betreffende pand'.

De gedachtegang achter die uitzondering is ook begrijpelijk. Wanneer een huiseigenaar zijn woning wil omvormen tot een hotel of een studentenhuus, ligt het voor de hand dat het gemeentebestuur onderzoekt welke consequenties dat concrete plan heeft voor de omwonenden. Algemene regels waarin leefbaarheid van de omgeving een rol speelt, zijn dan ook wel denkbaar maar dan in de vorm van beleidsregels met betrekking tot deze vergunningverlening.<sup>17</sup> Het college van B&W kan op grond van de beleidsvrijheid

16 De vragen heb ik niet zelf bedacht, maar kreeg die in allerlei variaties voorgelegd na afloop van een lezing op 6 december 2018 over dit onderwerp op uitnodiging van de vereniging Amsterdam Gastvrij.

17 Opgemerkt zij dat de Afdeling in een uitspraak van 2006 overwoog dat een 10% norm in de Huisvestingsverordening als onderdeel van verkameringsbeleid niet in strijd achtte met het zorgvuldigheids-

die het heeft bij de verlening van een onttrekkings- of omzettingsvergunning aangeven hoe het invulling geeft aan deze vrijheid. Dat daarin leefbaarheid een betekenisvolle rol speelt, is geheel in lijn met de bedoeling van de wetgever. Een expliciete bepaling in de Huisvestingswet 2014 waarin de gemeenteraad wordt gemachtigd om met het oog op de bescherming van de leefbaarheid algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, ontbreekt evenwel. Ook passages uit de wetsgeschiedenis waaraan de Afdeling refereert kunnen een dergelijke leemte niet opvullen.

De conclusie is daarom dat er geen toereikende wettelijke grondslag is voor een gemeentelijke verordening met een 30-dagenregeling. De rechter had de verordening (deels) onverbindend moeten verklaren. Allereerst is de extensieve uitleg van het begrip onttrekking - in die zin dat een kortstondige verhuur van de eigen woning al als zodanig moet worden uitgelegd - niet terug te voeren op de wet. Ten tweede mogen algemeen verbindende voorschriften op grond van de Huisvestingswet 2014 niet primair het doel hebben de bescherming van de leefbaarheid; daarvoor zijn andere wettelijke instrumenten in het leven geroepen, zoals in de inleiding genoemd.<sup>18</sup>

## **6 Naar een Wet op de toeristische verhuur?**

Wat zou dan wel de geëigende weg zijn om overlast aan te pakken die het gevolg is van verhuur aan toeristen? Het antwoord op de vraag is dat hier werk aan de winkel is voor de (formele) wetgever. Die is aan zet om een stelsel van goed op elkaar afgestemde voorschriften te maken waar de verhuur aan toeristen en de bescherming van het woon- en leefklimaat op samenhangende wijze wordt geregeld.

Dat kost uiteraard allemaal veel schaarse tijd, maar het geval wil dat er al veel voorwerk is verricht en wel aan de Vrije Universiteit. Onder bezielende leiding van collega Zijlstra hebben groepjes van studenten wetsvoorstellen gemaakt in het kader van de afstudeer-richting Jurist en Overheid.<sup>19</sup>

Verskillende onderdelen van hun voorstellen verdienen serieuze overweging. Te denken valt aan de volgende elementen. Allereerst een duidelijke wettelijke grondslag voor facultatief medebewind: gemeentebesturen mogen regels maken, maar hoeven dat niet. De onderwerpen die daarin aan de orde kunnen komen betreffen onder meer een registratieplicht en een meldplicht. Door een openbaar register en een meldpunt in te stellen, kunnen omwonenden zien of iemand staat ingeschreven en eventueel een klacht indienen over het verhuur via digitale platforms.

---

beginsel en het verbod op willekeur (aangevoerd was dat de gemeente Leeuwarden dit beleid niet kon baseren op een studie van de stad Groningen over de effecten van kamerverhuur op de leefbaarheid in de omgeving, zie ECLI:NL:RVS:2006:AZ2803). Kennelijk is in deze procedure geen apart beroep gedaan op het legaliteitsbeginsel, dat hier problematischer is dan de wel aangevoerde beginselen.

18 Andere vraagstukken die nog interessant zijn (zoals verenigbaarheid met de Dienstenrichtlijn en 1<sup>e</sup> Protocol EVRM (eigendomsrecht)) laat ik buiten beschouwing.

19 Na het schrijven van deze tekst verscheen ter consultatie het voorontwerp Wijziging van de Huisvestingswet 2014 in verband met de aanpak van ongewenste neveneffecten van toeristische verhuur van woonruimte, waarin de sporen te herkennen zijn van de noeste arbeid van de VU-studenten (<https://www.internetconsultatie.nl/verhuur>).

Daarnaast kan er zoals in de Amsterdamse verordening een maximum worden gesteld aan het aantal dagen dat een woning aan toeristen ter beschikking wordt gesteld. De wetgever kan zelf een maximum aantal dagen voorschrijven, maar het ligt voor de hand dat gemeenteraden de noodzaak daartoe bepalen, eventueel binnen een door de wetgever aan te geven marge.

De vraag die rest is of al deze wetgevende arbeid noodzakelijk is gelet op de genoemde ontwikkelingen in de jurisprudentie. Bij de beantwoording van deze vraag belanden we bij de principiële kwestie van het legaliteitsbeginsel en de noodzaak van een specifieke wettelijke grondslag voor verplichtend overheidsoptreden. We hoeven daar in deze afscheidsbundel geen nieuwe beschouwingen aan te wijden. Directe collega's van Jan schreven daar al het nodige over. Ook voor gemeenteamttenaren en bestuurders en zelfs rechters nog steeds aanbevolen literatuur.<sup>20</sup>

---

20 Zie het reeds aangehaalde proefschrift van F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, W.E.J. Tjeenk Willink 1996 en de oratie die S.E. Zijlstra in november 2001 aan de VU hield, waarvan een bewerking is te vinden in: S.E. Zijlstra (red.) *Wetgeven, Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer: Deventer, 2012, hoofdstuk 3, paragrafen 2 en 3 (p. 71 e.v.).



# Procederen tegen NWO. Gelijke behandeling in het bestuursrecht (m/v)

*Mr. dr. K.M. (Karin) de Vries<sup>1</sup>*

## 1 Inleiding

Het verwerven van onderzoekssubsidies bij de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek (NWO) geldt als een belangrijke graadmeter van succes in de academische wereld. Het binnenhalen van zo'n subsidie levert niet alleen extra onderzoekstijd of promovendi op maar speelt, zeker binnen de juridische faculteiten, vaak een grote rol bij het verkrijgen van een vaste aanstelling of bevordering naar een hogere functie. Het is in dit licht goed te begrijpen dat de subsidieverlening door NWO regelmatig het onderwerp is van bestuursrechtelijke geschillen. Zo stapten in 2007 de hoogleraren Struiksma en Vermeulen, beiden verbonden aan de Vrije Universiteit, naar de rechter nadat hun aanvraag om een subsidie uit de Open Competitie was afgewezen. Hun voorstel was door de beoordelingscommissie van NWO als 'subsidiabel' aangemerkt, maar niet gehonoreerd omdat aan andere voorstellen een 'hogere wetenschappelijke betekenis' was toegekend. De hoogleraren vonden dat zij inzage hadden moeten krijgen in de op de zaak betrekking hebbende stukken, waaronder de hoger geëindigde voorstellen. De zaak kwam twee keer voor bij de Rechtbank Arnhem, die de eerste keer oordeelde dat de besluitvorming door NWO onzorgvuldig was geweest en de tweede keer dat de hoogleraren kennis hadden moeten kunnen nemen van de referentenrapporten en weerwoorden met betrekking tot de andere voorstellen.<sup>2</sup>

Sindsdien hebben meer wetenschappers de weg weten te vinden naar de bestuursrechter. Ook de Europese subsidiegever blijft daarbij niet buiten schot, zo blijkt uit een recente uitspraak van het EU Gerecht over een besluit van het Uitvoerend Agentschap van de Europese Onderzoeksraad (ERC).<sup>3</sup> Er is zowel geprocedeerd over inhoudelijke beoordelingscriteria als over de inrichting van de subsidieprocedures. Daarnaast is de vraag aan de orde geweest of de subsidiegevers voldoende oog hebben voor gendergelijkheid. Dit is in Nederland van groot belang omdat vrouwen vooral in de hogere wetenschap-

---

1 Karin de Vries doet onderzoek op het gebied van het non-discriminatierecht. Zij kreeg in 2015 op 15 juli een Veni-subsidie en op 17 juli een dochter.

2 Rb Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, AB 2008/46 m.nt. Michiels en Rb Arnhem 23 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ2689, AB 2009/307.

3 Gerecht EU 5 februari 2019, ECLI:EU:T:2018:68 (*Ranocchia/ERCEA*), AB 2019/50 m.nt. J.E. van den Brink en E.D.H. Nanninga.

pelijke functies nog steeds ondervetegenwoordigd zijn.<sup>4</sup> Een recente uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ging over de vraag of NWO genoeg rekening had gehouden met de zwangerschap van een vrouwelijke onderzoekster die een aanvraag had ingediend voor een Vidi-subsidie.<sup>5</sup> Deze bijdrage is te lezen als een noot bij die uitspraak. Ik beschrijf hieronder eerst de casus en de overwegingen van de Afdeling en laat zien hoe de uitspraak past in het juridische kader met betrekking tot subsidieverstreking door NWO. Daarna bespreek ik de toetsing door de Afdeling aan het discriminatieverbod en leg ik uit hoe deze uitspraak bijdraagt aan gelijke kansen voor vrouwen in de wetenschap. Ik sluit af met een dankwoord aan Jan.

## 2 De uitspraak

Op 31 oktober 2018 sprak de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zich uit over het besluit van NWO om geen subsidie toe te kennen aan een onderzoekster van de UvA die een aanvraag had ingediend in het kader van de Vernieuwingsimpuls Vidi 2015. De Afdeling oordeelde dat de besluitvorming door NWO onzorgvuldig was geweest omdat onvoldoende rekening was gehouden met de zwangerschap van de aanvragerster. Zij had, een paar weken nadat zij de aanvraag had ingediend, aan NWO laten weten dat zij zwanger was en dat zij was uitgerekend op 14 januari 2016, in dezelfde periode als waarin zij de referentenoordelen over haar voorstel zou ontvangen. Na ontvangst van die oordelen hebben aanvragers ongeveer één week de tijd om een weerwoord te schrijven. De onderzoekster had aan NWO gevraagd om haar de oordelen over haar voorstel begin februari te sturen, zodat zij haar weerwoord na de bevalling zou kunnen schrijven. Dat bleek niet mogelijk, omdat het weerwoord dan te laat zou komen voor de volgende selectieronde. Het bestuur van NWO was wel bereid om de referentenoordelen eerder op te sturen. Tegen de onderzoekster werd bovendien gezegd dat geprobeerd zou worden om referenten te vinden die hun rapporten vóór de kerstvakantie aan zouden kunnen leveren. Dat laatste is ook gelukt: NWO ontving de referentenoordelen op respectievelijk 10 november, 26 november en 21 december 2015. De oordelen waren positief tot zeer positief, variërend van A/B (high quality, significant and recommendation for funding/good quality and significant) tot A+ (de hoogste score). De oordelen werden echter niet voor de kerstvakantie doorgestuurd naar de onderzoekster. Dat gebeurde pas op 7 januari 2016, nadat zij zelf had geïnformeerd of de rapporten al beschikbaar waren. Op 13 januari heeft de onderzoekster haar weerwoord aan NWO gestuurd. Op 16 januari is zij bevallen.

De Rechtbank Amsterdam oordeelde in beroep dat NWO de onderzoekster niet had gediscrimineerd door geen rekening te houden met haar zwangerschap. Volgens de rechtbank had NWO, op basis van de mededeling die de onderzoekster aan het begin van de aanvraagprocedure had gedaan over haar zwangerschap, niet kunnen weten dat zij niet

---

4 Uit een monitor van het Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren (LNVH) blijkt dat het percentage vrouwelijke hoogleraren in Nederland in 2018 voor het eerst boven de 20% uitkwam. Tegelijkertijd laat recent onderzoek van de Europese Commissie zien dat het aantal vrouwelijke onderzoekers in Nederland achterblijft bij dat in de andere lidstaten, zie het persbericht 'Nederland heeft het laagste aandeel vrouwelijke onderzoekers van Europa' op [www.lnvh.nl](http://www.lnvh.nl), geraadpleegd op 28 mei 2019.

5 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, *JB* 2018/205, *JG* 2018/41 m.nt. Barkhuysen en Giezenman.

in staat was om een weerwoord te schrijven in de periode waarin dat van haar gevraagd werd. Bovendien had NWO geen toezeggingen gedaan waaraan de onderzoekster het vertrouwen had mogen ontleen dat met haar zwangerschap rekening zou worden gehouden. De Afdeling komt echter tot een andere conclusie. Zij acht het beleid van NWO niet discriminatoir, maar oordeelt dat het bestuur ten aanzien van de onderzoekster wel onzorgvuldig heeft gehandeld door geen maatwerk te leveren in een situatie waarin dat geboden was. Het besluit waarbij de aanvraag van de onderzoekster werd afgewezen is daarom, aldus de Afdeling, genomen in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het motiveringsvereiste (art. 7:12 Awb). Omdat de Afdeling niet zelf over de toekenning van de subsidie kan beslissen draagt zij het bestuur op om de aanvraag van de onderzoekster, als zij daarvoor zou kiezen, alsnog in de eerstvolgende subsidieronde te betrekken.

### 3 De beoordeling van subsidieaanvragen door NWO - regelgeving en eerdere jurisprudentie

De Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek heeft krachtens artikel 3 lid 1 van de Wet op de NWO tot taak om de kwaliteit van wetenschappelijk onderzoek te bevorderen en nieuwe ontwikkelingen in het wetenschappelijk onderzoek te initiëren en te stimuleren. Het tweede lid bepaalt dat NWO deze taak in het bijzonder uitvoert door het toewijzen van middelen. Subsidies worden verstrekt door de raad van bestuur, die in 2017 in de plaats is gekomen van het algemeen bestuur.<sup>6</sup> De bevoegdheid tot subsidieverlening kan worden gemandateerd aan één of meer domeinbesturen.<sup>7</sup> Bij de wijziging van de organisatiestructuur in 2017 is aan de raad van bestuur de bevoegdheid toegekend om regels te stellen voor de verstrekking van middelen.<sup>8</sup> Daarmee is de beleidsvrijheid die eerder toekwam aan het algemeen bestuur overgegaan in een regelgevende bevoegdheid. De raad van bestuur heeft op grond van deze regelgevende bevoegdheid de NWO Subsidieregeling 2017 vastgesteld.<sup>9</sup> Hierin zijn algemene bepalingen opgenomen over de beoordeling van aanvragen en de besluitvormingsprocedure. De Subsidieregeling bepaalt dat bij het openstellen van een subsidie-instrument een brochure ('Call for proposals') wordt gepubliceerd, waarin wordt gespecificeerd welke selectiecriteria voor dat instrument gelden en hoe de besluitvormingsprocedure is ingericht (bijv. of met een vooraanmelding wordt gewerkt en of referenten worden ingeschakeld).<sup>10</sup>

Beslissingen over de toekenning of afwijzing van subsidieaanvragen zijn besluiten waarop de Awb van toepassing is. In de rechtspraak zijn verschillende aspecten van de subsidieprocedures inmiddels getoetst aan de regels van het algemene bestuursrecht. Eén van die uitspraken had, net als de in de inleiding genoemde uitspraken, betrekking op de bezwaarschriftprocedure. De Afdeling bestuursrechtspraak achtte deze niet in overeenstemming met artikel 7:12 Awb, omdat de bezwaarschriftencommissie had nage-

6 Art. 6 lid 3 Wet op de NWO, gewijzigd per 1 februari 2017, zie *Stb.* 2017, 1.

7 Art. 14 lid 2 Wet op de NWO.

8 Art. 6 lid 4 Wet op de NWO. Deze regels zijn vastgelegd in de NWO Subsidieregeling 2017.

9 *Stcrt.* 2017, 25491.

10 Par. 2.1. en 2.2 NWO Subsidieregeling 2017.



laten om de bezwaren van de aanvrager goed te onderzoeken.<sup>11</sup> In dezelfde uitspraak oordeelde de Afdeling dat het algemeen bestuur beleidsvrijheid had bij de toekenning van subsidies.<sup>12</sup> Zoals hiervoor is beschreven is deze beleidsvrijheid inmiddels vervangen door de regelgevende bevoegdheid van de raad van bestuur. In 2013 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak vastgesteld dat het algemeen bestuur (nu dus: de raad van bestuur) beoordelingsvrijheid heeft bij de beoordeling van individuele aanvragen en dat besluiten daarover door de rechter terughoudend moeten worden getoetst.<sup>13</sup> In deze uitspraak, die ook betrekking had op de afwijzing van een Vidi-aanvraag, preciseerde de Afdeling dat de rechter bij deze toetsing onder meer moet bekijken of de gevolgde selectieprocedure zorgvuldig is geweest en of de motivering van het besluit voldoende inzichtelijk en toereikend is.<sup>14</sup> Aan deze criteria is sindsdien door verschillende rechtbanken verder invulling gegeven. Zo oordeelde de Rechtbank Oost-Brabant in 2015 dat de selectie in de interviewfase van een procedure voor de toekenning van Vici-subsidies zorgvuldig was verlopen. De rechtbank verwierp daarbij het standpunt van de aanvrager, dat de beoordelingscommissie te breed was samengesteld en dat aan de beoordeling door deze commissie teveel gewicht was toegekend in verhouding tot de oordelen van de -meer gespecialiseerde- referenten.<sup>15</sup> In januari 2019 besliste de Rechtbank Den Haag dat de raad van bestuur niet in strijd had gehandeld met het gelijkheidsbeginsel, omdat de afwijzing van het voorstel van de aanvrager was gebaseerd op minimale kwaliteitsverschillen.<sup>16</sup>

Een uitspraak uit 2018 had ten slotte - net als de uitspraak die in deze bijdrage centraal staat - betrekking op het door NWO gevoerde genderdiversiteitsbeleid.<sup>17</sup> De aanvraagster, die een voorstel had ingediend voor een Veni-subsidie, had aangevoerd dat anders dan was voorgeschreven niemand in de beoordelingscommissie was aangewezen om te letten op genderbias en genderdiversiteit. Ook was haar tegengeworpen dat zij weinig had gepubliceerd in verhouding tot haar effectieve onderzoekstijd. Tot slot stelde de aanvraagster dat het niet-naleven van het genderdiversiteitsbeleid bleek uit het gegeven dat het honoreringspercentage voor Veni-aanvragen in de medische wetenschappen in 2016 met 30% uiteenliep tussen mannen en vrouwen, ten nadele van de vrouwen, terwijl dat in meerjarig perspectief bijna 50% was. De rechtbank vond echter dat NWO het genderdiversiteitsbeleid wél correct had toegepast. Zij overwoog dat het streven naar een gelijk honoreringspercentage voor mannen en vrouwen wel werd gehaald als werd gekeken naar Veni-aanvragen in alle disciplines, over meerdere jaren, en dat in de vergadering van de beoordelingscommissie ook aandacht was gevraagd voor de positie van vrouwen. Voor wat betreft de publicaties van de aanvraagster overwoog de rechtbank dat zij de mogelijkheid had gehad om tijd die zij had besteed aan zorgtaken (naast haar zwangerschapsverlof) in mindering te brengen op haar effectieve onderzoekstijd en dat niet was gebleken dat NWO daarmee geen rekening had willen houden.

---

11 ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3950, AB 2009/222 m.nt. Den Ouden en Van Rijn van Alkemade.

12 Zie ook ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3051, AB 2013/121 m.nt. Drahtmann.

13 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1246, r.o. 6.1.

14 Idem.

15 Rb Oost-Brabant 27 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:993. Zie over zorgvuldigheid en motivering ook Rb Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2604.

16 Rb Den Haag 10 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:141.

17 Rb Noord-Holland 29 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4221.

## 4 De toetsing aan het discriminatieverbod

In de zaak van de UvA-onderzoekster, die in deze bijdrage centraal staat, deed de aanvrager een beroep op het discriminatieverbod van artikel 2 onder d van het VN-Vrouwenverdrag, artikel 26 IVBPR en artikel 8 *jo.* 14 en artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM. Deze bepalingen verbieden discriminatie op grond van geslacht of, in het geval van het Vrouwenverdrag, discriminatie tegen vrouwen. De onderzoekster voerde aan dat NWO deze discriminatieverboden had geschonden door van haar te verwachten dat zij haar weerwoord zou schrijven in een gevorderd stadium van haar zwangerschap.

De Afdeling beoordeelt eerst het beleid van NWO en daarna de toepassing van dat beleid in het geval van de aanvrager. Zij overweegt dat het beleid als zodanig niet in strijd is met het discriminatieverbod.<sup>18</sup> NWO hanteert een specifiek genderdiversiteitsbeleid waarin richtlijnen zijn neergelegd voor de voorbereiding en uitvoering van subsidieprogramma's. Voor het subsidieprogramma waaraan de aanvrager had meegedaan, de Vernieuwingsimpuls Vidi 2015, gold dat aan vrouwen die vanwege zwangerschap en bevalling tijdelijk geen onderzoek hadden kunnen verrichten een verlenging van de aanvaagtermijn werd toegekend van achttien maanden per kind. Daarnaast bestond de mogelijkheid om tijdens de subsidieprocedure maatwerk te bieden aan zwangere vrouwen, door de referentenrapporten eerder of juist later toe te zenden of door hen toe te staan in een volgende ronde in te stromen met hetzelfde voorstel. Volgens de Afdeling kon, gelet op het bestaan van deze mogelijkheden, niet gezegd worden dat het genderdiversiteitsbeleid van NWO in strijd was met het verbod van discriminatie. Over de vraag welke eisen dat verbod stelt aan beleid voor zwangere aanvragers laat de Afdeling zich verder niet uit.

Na de toetsing van het beleid richt de Afdeling haar blik op de beoordeling van de aanvraag van de appellante. Volgens de Afdeling is het discriminatieverbod van onder meer artikel 26 IVBPR en artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM van toepassing 'gelet op de gevolgen die [het] besluit kan hebben voor [appellante] als zwangere in vergelijking met wetenschappers die niet zwanger zijn en eveneens een aanvraag [...] hebben ingediend'.<sup>19</sup> In deze overweging blijft opnieuw veel impliciet. Zo suggereert het noemen van de gevolgen die het besluit kan hebben voor de aanvrager dat niet iedere ongelijke behandeling van zwangere vrouwen onder de materiële reikwijdte van de genoemde discriminatieverboden valt. Welke gevolgen relevant zijn voor de toepasselijkheid van dat verbod wordt echter niet uitgelegd. Ook de toepasselijkheid van de genoemde bepalingen op onderscheid tussen zwangeren en niet-zwangeren wordt door de Afdeling niet toegelicht. De artikelen 26 IVBPR, 14 EVRM en 1 Twaalfde Protocol EVRM bevatten zogenaamde 'open' discriminatieverboden, die behalve op de genoemde discriminatiegronden ook van toepassing zijn op 'andere status'.<sup>20</sup> De Afdeling gaat ervanuit dat de appellante als zwangere anders is behandeld dan 'wetenschappers die niet zwanger zijn' en lijkt daarmee te impliceren dat zwangerschap de relevante discriminatiegrond is. Deze grond zou onder het begrip 'andere status' kunnen vallen. Een andere mogelijk-

18 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, r.o. 8.1.

19 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, r.o. 8.2.

20 Art. 26 IVBPR beschermt tegen discriminatie 'op welke grond ook, zoals ras, [...] of andere status'. Een bijna identieke formulering is opgenomen in art. 14 en art. 1 Twaalfde Protocol EVRM.

heid is dat de Afdeling, in navolging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de Algemene wet gelijke behandeling, onderscheid op grond van zwangerschap gelijk heeft gesteld aan onderscheid op grond van geslacht.<sup>21</sup> Geslacht is in de genoemde verdragen wel expliciet als discriminatiegrond genoemd. Dat deze verdragen van toepassing zijn op de situatie van de aanvragerster is daarom goed te verdedigen, maar hoe de Afdeling tot deze uitkomst is gekomen wordt niet duidelijk. Ten slotte gaat de Afdeling er kennelijk vanuit dat de genoemde discriminatieverboden niet alleen betrekking hebben op de ongelijke behandeling van gelijke gevallen, maar ook op gelijke behandeling van ongelijke gevallen. De klacht van de aanvragerster komt er immers op neer dat zij hetzelfde is behandeld als niet-zwangere wetenschappers (er is geen maatwerk geboden) terwijl zij zich vanwege haar zwangerschap in een andere positie bevond. Voor wat betreft de discriminatieverboden uit het EVRM heeft het EHRM eerder beslist dat ook gelijke behandeling van ongelijke gevallen binnen de reikwijdte van die bepalingen valt.<sup>22</sup> De Afdeling sluit daar dus bij aan, maar maakt er geen woorden aan vuil.

Nadat de Afdeling heeft vastgesteld dat de discriminatieverboden uit het EVRM en het IVBPR van toepassing zijn, overweegt zij dat 'de toepasselijkheid van deze grondrechten [...] tot gevolg [heeft] dat het bestuur blijk dient te geven van een aanvaardbaar evenwicht tussen enerzijds de door de gelijkheidsgrondrechten beschermde belangen van de betrokken aanvragerster [appellante] en anderzijds de betrokken algemene belangen'.<sup>23</sup> Die algemene belangen zijn, aldus de Afdeling, gelegen in een voortvarende aanvraagprocedure en in de rechten en belangen van andere aanvragers. De Afdeling stelt vast dat het bestuur nog steeds een beoordelingsmarge had bij het afwegen van de betrokken belangen, maar dat de toepasselijkheid van grondrechten met zich brengt dat 'hoge eisen moeten worden gesteld aan de zorgvuldigheid waarmee het besluit door het bestuur moet worden voorbereid en genomen, alsook aan de motivering van dat besluit'.<sup>24</sup> Aan deze eisen heeft het bestuur niet voldaan. De Afdeling oordeelt dat het bestuur onvoldoende rekening heeft gehouden met de zwangerschap van de aanvragerster. Daarbij acht zij van belang dat het bestuur de referentenrapporten eerder aan de aanvragerster had kunnen toesturen. Bovendien mocht van de aanvragerster niet worden verwacht dat zij - nadat zij haar zwangerschap en verwachte bevallingsdatum in een eerder stadium van de procedure had gemeld - er bij het ontvangen van de rapporten opnieuw op zou wijzen dat zij op het punt stond te bevallen en daarom niet optimaal kon presteren. De Afdeling overweegt in dit verband dat

'gegeven het uiterst competitieve karakter van de procedure [...] van een zwangere aanvrager die het bestuur tijdig heeft gewezen op haar zwangerschap en de vermoedelijke datum van bevalling niet [mag] worden gevegd dat zij andermaal en daags voor de bevalling zelf aandacht vraagt voor haar precare situatie en het mogelijke effect daarvan op haar vermogen adequaat weerwoord te leveren. De mate van assertiviteit van de zwangere aanvrager kan immers niet bepalend zijn voor de mate waarin haar fundamentele rechten worden gerespecteerd.'<sup>25</sup>

---

21 Art. 1 lid 2 Wgb m/v en art. 1 lid 2 Awgb.

22 Bijv. in *Thlimmenos t. Griekenland*, EHRM 6 april 2000, klachtnr. 34369/97, par. 44 en *Taddeucci en McCall t. Italië*, EHRM 30 juni 2016, klachtnr. 51362/09, par. 81.

23 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, r.o. 8.2.

24 Idem.

25 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, r.o. 8.3.

Volgens de Afdeling had het bestuur contact moeten opnemen met de aanvrager toen duidelijk werd dat de referentenrapporten vlak voor haar uitgerekende datum zouden worden toegestuurd, en had het op dat moment met haar moeten overleggen over een gepaste termijn.

De Afdeling toetst de besluitvorming door NWO niet rechtstreeks aan de discriminatieverboden uit het EVRM en IVBPR maar laat die verboden doorwerken in het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) en het motiveringsvereiste (art. 7:12 Awb). Dezelfde aanpak werd gevolgd in een uitspraak uit 2015, waarnaar de Afdeling ook verwijst.<sup>26</sup> In die uitspraak overwoog de Afdeling dat de toepasselijkheid van verschillende grondrechten gevolgen had voor het gewicht dat aan de door die grondrechten beschermde belangen moest worden toegekend in de door de minister gemaakte belangenafweging. De onderhavige uitspraak laat zien dat de toepasselijkheid van grondrechten ook gevolgen kan hebben voor de vraag *welke* belangen door het bestuursorgaan moeten worden afgewogen. De Afdeling overweegt dat het algemeen bestuur van NWO heeft nagelaten om rekening te houden met het belang van de aanvrager om maatwerk te krijgen vanwege haar zwangerschap, terwijl uit het discriminatieverbod volgt dat dat belang wel had moeten worden meegewogen. Dat het besluit daarvan geen blijk geeft levert strijd op met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsvereiste.<sup>27</sup> Het bredere belang van deze uitspraak werd eerder al benoemd door Barkhuysen en Giezeman: wanneer grondrechten in het geding zijn kunnen bestuursorganen niet steeds volstaan met het toepassen van standaardprocedures.<sup>28</sup> Grondrechtelijk beschermde eigenschappen of omstandigheden, zoals zwangerschap maar bijvoorbeeld ook het hebben van een beperking, kunnen het nodig maken om procedures aan te passen om zo de aanvrager een eerlijke kans te geven.

## 5 Zwangerschap en gelijke kansen (m/v)

Vrouwen die zwanger worden zijn als gevolg daarvan tijdelijk uitgesloten van deelname aan het arbeidsproces. Een zwangerschap en bevalling brengen immers belangrijke lichamelijke veranderingen met zich mee en voor de meeste zwangeren geldt dat het verrichten van arbeid, in ieder geval in de periode rondom de bevalling, te belastend is en risico's met zich meebrengt voor de gezondheid van moeder en kind. Zwangerschap kent in dit opzicht overeenkomsten met andere arbeidsbelemmerende omstandigheden zoals een burn-out of tijdelijke arbeidsongeschiktheid als gevolg van een ongeluk, maar verschilt daarvan in die zin dat alleen vrouwen ermee te maken krijgen. Beleid dat tot doel heeft om vrouwen gelijke kansen te geven op de arbeidsmarkt moet daarom mede gericht zijn op het bestrijden van zwangerschapsdiscriminatie. Daarbij moet aan de ene kant worden voorkomen dat vrouwen vanwege hun zwangerschap (of de mogelijkheid daarvan) anders worden behandeld, bijvoorbeeld doordat zij niet worden aangenomen door een werkgever of doordat hun contract niet wordt verlengd. Aan de andere kant zijn verschillen in de behandeling van zwangeren en niet-zwangeren soms juist nodig om gelijke kansen te realiseren. Zo moeten zwangere vrouwen de mogelijkheid hebben

26 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, r.o. 16.2.

27 ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557, r.o. 10.

28 Zie de annotatie van Barkhuysen en Giezeman bij deze uitspraak in JG 2018/41.

om tijdelijk afwezig te zijn vanwege de bevalling (zwangerschaps- en bevallingsverlof), moeten zij vrijgesteld worden van bepaalde werkzaamheden (zoals nachtdiensten of het werken met gevaarlijke stoffen) en moet in beoordelingsprocedures rekening worden gehouden met afwezigheid vanwege zwangerschap en bevalling.<sup>29</sup>

In Nederland bestaan verschillende regelingen die erop gericht zijn of eraan bijdragen dat zwangere vrouwen gelijke kansen krijgen op de arbeidsmarkt. In het kader van de ontwikkeling van de verzorgingsstaat werd al aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw een regeling tot stand gebracht voor zwangerschaps- en bevallingsverlof.<sup>30</sup> Later zijn speciale voorzieningen voor zwangere werknemers neergelegd in de Wet arbeid en zorg, de Arbeidstijdenwet en de Arbeidsomstandighedenwet. Daarnaast zijn aan het eind van de 20<sup>e</sup> eeuw, mede ter implementatie van EU-regelgeving, de al genoemde Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de Algemene Wet Gelijke Behandeling tot stand gekomen.<sup>31</sup> Deze wetten verbieden ongelijke behandeling op grond van geslacht op het terrein van de arbeid, zowel bij de werving en selectie als bij de beloning en arbeidsvoorwaarden.<sup>32</sup> De gelijkebehandelingswetgeving ziet ook op aanverwante terreinen, zoals het (beroeps)onderwijs. Zoals eerder vermeld is onderscheid op grond van zwangerschap in beide gelijkebehandelingswetten gelijkgesteld aan onderscheid op grond van geslacht.

De bovenstaande regelingen bieden een belangrijke basis voor het voorkomen en bestrijden van zwangerschapsdiscriminatie en daarmee voor de verwezenlijking van (economische) gelijkheid voor mannen en vrouwen. Toch boden zij geen soelaas aan de onderzoekster die op het verkeerde moment zwanger was en daardoor een NWO-beurs aan haar neus voorbij zag gaan. In dit bijzondere geval waren de benadeling van de aanvrager, en de gevolgen daarvan voor haar carrièrekansen, immers niet het (rechtstreekse) gevolg van het handelen van haar werkgever (de UvA) maar van een overheidsinstantie die tot taak heeft om subsidies voor wetenschappelijk onderzoek te verdelen. Op dergelijke subsidieaanvragen is de bestaande gelijkebehandelingswetgeving niet van toepassing. De Afdeling heeft dit echter opgelost door het besluit van NWO, waarbij geen rekening was gehouden met de zwangerschap van de aanvrager, te toetsen aan de verdragsrechtelijke discriminatieverboden waaraan Nederland gebonden is en daaruit af te leiden dat maatwerk had moeten worden geboden. Voor het streven naar gelijke kansen van mannen en vrouwen aan de Nederlandse universiteiten is dat een stapje in de goede richting.

## **6 Dankwoord aan Jan**

Ik had dit stukje niet kunnen schrijven als niet iemand mij ooit de beginselen van het bestuursrecht had bijgebracht. Die iemand was Jan Struiksma, en in de jaren nadat ik Beginselen Bestuursrecht had afgerond heb ik nog veel meer van hem geleerd. Bijvoor-

---

29 Over voorzieningen voor zwangere vrouwen als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel zie T. Loenen, *Verschil in Gelijkheid. De conceptualisering van het gelijkheidsbeginsel met betrekking tot vrouwen en mannen in Nederland en de Verenigde Staten*, diss. Universiteit Leiden 1992.

30 Loenen 1992, p. 144.

31 A. Eleveld e.a., 'Gelijk behandeld als zwangere student?', *NJB* 2017, nr. 5, p. 312-318, op p. 312-313.

32 Zie ook art. 7:646 BW.

beeld hoe je een goed tentamen maakt (let op de Rir-waarden!), dat sanseveria's altijd doodgaan, dat positivisten echt bestaan, dat Zeeburgereiland een baggereiland is en dat je behalve streng en rechtvaardig ook mild en rechtvaardig kunt zijn. In mijn tijd bij de Afdeling staats- en bestuursrecht is Jan er altijd geweest en het is moeilijk voor te stellen hoe het zonder hem zal zijn. Jan, bedankt voor je wijze raad en warme belangstelling. Ik ga je missen. Mochten er in dit stukje bestuursrechtelijke dwalingen zitten dan komen die geheel voor mijn rekening.



# **Deel IV**

## **Omgevingsrecht en bouwrecht**





# Europese kaders voor het reguleren van detailhandel

## De hypothese van Jan getoetst

Mr. dr. M.R. (Marleen) Botman

### 1 Inleiding

Zeer goede herinneringen heb ik aan de colleges die ik als student bij Jan volgde en aan onze samenwerking in de jaren dat ik op de VU werkzaam was. Dankbaar ben ik Jan voor zijn inzichten, weerspiegelingen en analyses die hij met mij deelde tijdens de lunch of de koffie. Onze gesprekken wisselden van dagelijkse besommeringen tot nieuwe inzichten op het recht en het geven van onderwijs. Jan kenmerkt zich door een brede interesse en kan zich vastbijten in het doorgronden van een nieuwe materie of cijfermatige analyse. Een mooi voorbeeld is *'Het geschil als spel'* waarin hij de wetenschappelijke empirische cyclus modelleert voor de rechtswetenschap. De cyclus bestaat uit vijf fasen: (1) Observatie (2) Inductie: het formuleren van hypothesen (3) Deductie: het poneren van een toetsbare voorspelling (4) Toetsing van de hypothesen aan de voorspelling en tot slot (5) Evaluatie: de evaluatie van de uitkomsten van de toetsing. In deze bedrage gebruik ik deze cyclus om de visie van Jan op de invloed van het Europese recht op de ruimtelijke ordening onder de loop te nemen. Dit onderwerp is niet alleen het punt waarop onze expertisegebieden elkaar kruisen<sup>1</sup>, maar is bovendien zeer actueel.<sup>2</sup>

#### *De observatie en hypothese van Jan*

Over de invloed van de Europese regels over de interne markt op de ruimtelijke ordening is Jan enigszins sceptisch; voor de regulering van detailhandel is uitsluitend van belang of sprake is van een goede ruimtelijke ordening. Dit kan (of: mag) niet worden geraakt door het Unierecht. Je zou dus kunnen zeggen dat de hypothese van Jan is: de Europese economische vrijheden kunnen geen invloed hebben op de ruimtelijke ordening in Nederland. Als deze hypothese wordt gevolgd, zou dit betekenen dat het Unierecht geen invloed heeft op het bepalen van de locatie, de omvang of het maximum aantal hotels, supermarkten, strandtenten, fietswinkels, windmolens of b&b's.

---

1 Zie E. Steyger, J. Struiksma en M.R. Botman, *Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn*, 30 maart 2015, rapport in opdracht van het Minister van Infrastructuur en Milieu.

2 Deze bijdrage is afgesloten op 31 maart 2019. Een bewerkte versie van deze bijdrage is verschenen in *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*: M.R. Botman en D.S.P. Roelands-Fransen, 'De uitwerking van de Dienstenrichtlijn in het Nederlandse stelsel van ruimtelijke ordening', *TO* 2019/2.

*De hypothese van Jan getoetst*

In deze bijdrage toets ik deze hypothese aan de hand van het veelbesproken arrest van het Hof van Justitie op 30 januari 2018 in de zaak *Appingedam* en de nationale rechtspraak volgend op dit arrest. Het gaat om ongeveer vijftien uitspraken. Is het juist dat de economische vrijheden geen invloed kunnen hebben op de nationale ruimtelijke ordening? De beantwoording spits ik toe op de vrijheid van vestiging en de Europese Dienstenrichtlijn 2006/123/EG, omdat de regulering van detailhandel hier het meest - doch niet uitsluitend - tot uitdrukking komt.<sup>3</sup>

Hieronder volgt eerst een korte introductie van de vrijheid van vestiging, de Dienstenrichtlijn en de zaak *Appingedam* in relatie tot ruimtelijke voorschriften. Vervolgens analyseer ik de rechtspraak die in Nederland na dit arrest is geweest. Tot slot volgt de evaluatie van de hypothese.

## 2 Het vrij verkeer en de Dienstenrichtlijn in relatie tot ruimtelijke voorschriften

### 2.1 De vrijheid van vestiging

De vrijheid van vestiging is neergelegd in artikel 49 van het Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en geeft aan bedrijven en Unieburgers het recht om zich in een andere lidstaat te vestigen.<sup>4</sup> Het recht verbiedt niet alleen iedere (indirecte) discriminatie op grond van nationaliteit, maar verzet zich bovendien tegen *elke* nationale maatregel die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk kan maken.<sup>5</sup> Om te bepalen of van een dergelijke belemmering sprake is, moet volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie worden gekeken naar het *effect* van de nationale regeling. De kwalificatie van de maatregel of de geadresseerde is niet van belang. Dit maakt dat ook ruimtelijke voorschriften de vrijheid van vestiging kunnen beïnvloeden. Een goed voorbeeld hiervan is het arrest *Commissie/Spanje* uit 2011, waarin het ging om een regeling die zag op de ligging en de omvang van hypermarkten.<sup>6</sup> De gedachte dat een dergelijke regeling is onttrokken aan de regels van het vrij verkeer omdat het hier gaat om ruimtelijke ordening en niet om economische ordening, gaat dus niet op.

---

3 Andere economische vrijheden zijn de vrijheid van dienstverlening (56 VWEU), vrij verkeer van kapitaal (63 VWEU) en het vrij verkeer van goederen (28-29 VWEU).

4 Het recht van vestiging komt zowel toe aan natuurlijke personen als aan vennootschappen die in overeenstemming zijn opgericht met de wetgeving van een lidstaat en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben (54 VWEU).

5 Het fundament voor deze vaste rechtspraak is gelegd in het arrest in de zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, (Gebhard).

6 C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje).

## 2.2 De Dienstenrichtlijn

### *Vallen ruimtelijke voorschriften onder de Dienstenrichtlijn?*

In de Europese Dienstenrichtlijn zijn de voorwaarden voor nationale vestigingseisen nader geconcretiseerd en gespecificeerd.<sup>7</sup> Hoofdstuk III van deze richtlijn bepaalt onder welke strikte voorwaarden de lidstaten een vergunningplicht of bepaalde eisen mogen opleggen aan dienstverleners die zich op hun grondgebied vestigen. Lange tijd bestond er onduidelijkheid over de exacte reikwijdte van deze bepalingen. Een van de discussiepunten was of de Dienstenrichtlijn van toepassing was op ruimtelijke voorschriften. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling was dit niet het geval, omdat deze voorschriften waren ingegeven door ruimtelijke motieven en derhalve niet specifiek golden of van invloed waren voor dienstverrichters.<sup>8</sup> Deze lijn van de Afdeling sluit in feite naadloos aan bij de visie en hypothese van Jan.

In de zaak *Appingedam* volgde de Afdeling deze lijn echter niet, maar legde zij prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie over het toepassingsbereik van de richtlijn. In deze zaak stond een bestemmingsplanregel centraal die de vestiging van niet-volumineuze detailhandel verbood in een geografische zone buiten het stadscentrum.<sup>9</sup> Concreet had dit tot gevolg dat Bristol zich niet kon vestigen aan het Woonplein, dat gelegen is in de periferie van Appingedam.

In het arrest van 30 januari 2018 heeft het Hof de vragen van de Afdeling op heldere wijze beantwoord.<sup>10</sup> De Grote Kamer van Hof oordeelde dat de richtlijn wel degelijk van toepassing is op (ruimtelijke) voorschriften die regelen in welke geografische zones detailhandel zich kan vestigen, ook al zijn zij gericht op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum. Dergelijke voorschriften richten zich op bedrijven die zich in die geografische gebieden willen ontwikkelen, en niet tot personen die handelen als particulier. Het Hof bepaalde bovendien dat de richtlijn ook van toepassing is op detailhandel, zoals supermarkten, fietsenwinkels, tuincentra en kleding- of schoenenwinkels. Tot slot omvat de richtlijn volgens het Hof ook zuiver interne situaties, waardoor ook Nederlandse bedrijven of onderdanen zich op de richtlijn kunnen beroepen als zij zich binnen Nederland willen vestigen. Kortom, de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn is zeer ruim. Ruimtelijke voorschriften die de vestiging van detailhandel reguleren moeten aan de eisen in de richtlijn voldoen.

## 2.3 Territoriale en kwantitatieve eisen: een extra beperking

Eisen die de vestiging van ondernemingen afhankelijk stellen van geografische kenmerken, bevolkingsdichtheid of bevolkings spreiding vormen een extra beperking van de vrijheid van vestiging. Zij beperken het totaal aantal dienstverrichters en belemmeren daarmee nieuwe marktdeelnemers bij hun toegang tot de markt. Dergelijke eisen wor-

7 Zie M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland: de gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015 (diss.)

8 Bijvoorbeeld ABRvS 8 februari 2012, ECLI:RVS:2012:BV3234; hierover Botman 2015, p. 408-412.

9 C-360/16 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Appingedam/Visser Vastgoed B.V. en Amersfoort/X BV*).

10 Zie hierover de verschillende bijdragen in het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018/1.

den in de rechtspraak van het Hof wel territoriale of kwantitatieve eisen genoemd. In *Attanasio*<sup>11</sup> werd de opening van nieuwe tankstations langs autowegen bijvoorbeeld afhankelijk gesteld van de naleving van minimumafstanden tot andere, reeds bestaande, stations. In de zaak *Itevelesa*<sup>12</sup> werd het aantal vergunningen voor de vestiging van stations voor de technische controle van voertuigen afhankelijk gesteld van een ruimtelijk spreidingsplan, op grond waarvan er een minimale afstand gold tussen de keuringsstations en een maximaal marktaandeel. In *Gomez en Perez* werd de vestiging van een apotheek afhankelijk gesteld van de bevolkingsomvang in een bepaalde regio.<sup>13</sup>

Kwantitatieve en territoriale beperkingen maken ook een belangrijk onderdeel uit van de Dienstenrichtlijn; artikel 15 lid 2 onder a merkt territoriale en kwantitatieve beperkingen aan als verdachte eisen, met name eisen ‘in de vorm van beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters’.

## 2.4 Een brancheringsregeling is een territoriale of kwantitatieve beperking

De zaak *Appingedam* heeft geleerd dat een brancheringsregeling een territoriale beperking is in de zin van artikel 15 Dienstenrichtlijn, met als gevolg dat de regeling aan de in dit artikel opgenomen voorwaarden moet worden getoetst (zie paragraaf 3).

De nationale rechtspraak van na dit arrest maakt duidelijk dat kwantitatieve en territoriale beperkingen in Nederland op grote schaal voorkomen. De Afdeling kwalificeerde in de zaak *Amsterdam Cheese Company* het verbod in een voorbereidingsbesluit om het gebruik van gronden of bouwwerken te wijzigen naar vormen van detailhandel die zich richten op dagjesmensen of toeristen, als een territoriale beperking. Als gevolg van dit verbod kon de Amsterdam Cheese Company in het door haar beoogde pand in de binnenstad van Amsterdam geen kaaswinkel meer exploiteren. In de zaak *Twello* werd het gemeentelijk beleid gericht op het concentreren van detailhandel in het centrumgebied van Twello, als territoriale beperking in de zin van artikel 15 aangemerkt.<sup>14</sup> In de zaak *Forepark* betrof het de provinciale Verordening ruimte van de provincie Zuid-Holland op grond waarvan de mogelijkheden voor de vestiging van (perifere) detailhandel werden beperkt.<sup>15</sup> De rechtbank Amsterdam merkte de mogelijkheid tot een binnenplanse afwijkingmogelijkheid voor het vergroten van één supermarkt tot 1000m<sup>2</sup> aan als kwantitatieve beperking in de zin van artikel 15.<sup>16</sup> In de zaak *Maastricht* ging het om beperking van de omvang van het nevenassortiment van een detailhandelsbedrijf in automaterialen.<sup>17</sup>

---

11 C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio*).

12 C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685 (*Grupo Itevelesa*).

13 C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (*Perez en Gomez*).

14 Rb. Gelderland, 6 september 2018, ECLI:RBGEL:2018:2864.

15 ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964.

16 Rb. Amsterdam, 23 oktober 2018, ECLI:RBAMS:2018:7494.

17 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195.

## 2.5 Ook 'bagatelperking' valt onder Dienstenrichtlijn

Ook voorschriften die slechts een geringe beperking voor de vrijheid van vestiging tot gevolg hebben, kunnen kwantitatieve of territoriale beperkingen vormen. In de uitspraak *Schijndel* van 19 december 2018 was sprake van een brancheringsregeling waardoor appellante, die een tuincentrum dreef, beperkt werd in de omvang van het nevenassortiment, onder meer in de verkoop vrijetijdskleding en in elektrische fietsen.<sup>18</sup> De gemeenteraad betoogde dat hier sprake was van een 'bagatelbeperking' die hierdoor niet onder de Dienstenrichtlijn viel; de brancheringsregeling stond immers niet in de weg aan voortzetting van de bestaande vestiging van appellante in Schijndel. Hooguit werd appellante beperkt in de mogelijkheden om haar formule uit te breiden omdat een - geringe - beperking wordt gesteld aan de verkoop van goederen die geen onderdeel uitmaken van de branche waartoe appellante behoort. Het betrof zegge een beperking van de extra's en niet van de vestiging zelf. De Afdeling ging niet mee in dit betoog; artikel 15 ziet niet alleen op de toegang tot de activiteiten zelf, maar ook tot de uitoefening daarvan. Onder deze bepaling vallen dus niet allen eisen die de vestiging zelf uitsluiten, maar ook eisen aan de uitoefening van deelactiviteiten binnen zo'n vestiging. Ook een brancheringsregeling met geringe gevolgen voor de vrijheid van vestiging moet dus aan artikel 15 Dienstenrichtlijn worden getoetst.

## 2.6 Wanneer is een ruimtelijk voorschrift aan het Unierecht onttrokken?

Het voorgaande laat onverlet dat niet alle ruimtelijke voorschriften als belemmering kunnen worden aangemerkt. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland<sup>19</sup> oordeelde dat het verbod om recreatiewoningen te gebruiken voor huisvesting van arbeidsmigranten en expats, geen beperking vormde voor een bedrijf dat huisvesting aan arbeidsmigranten en expats bood. De in het bestemmingsplan geregelde aanwijzing van een gebied voor 'Recreatie' was op dezelfde wijze van toepassing op dienstverrichters als op natuurlijke personen die als particulier handelen. De aanwijzingen regelen niet specifiek de toegang tot een activiteit in verband met diensten en zijn daar ook niet specifiek van invloed op, maar moeten door de dienstverrichters in acht worden genomen in de uitoefening van hun economische activiteit, op dezelfde wijze als door personen die handelen als particulier. Het betoog dat het verbod in strijd was met artikel 15 van de Dienstenrichtlijn en derhalve niet handhavend mocht worden opgetreden, slaagde dan ook niet.

Eenzelfde redenering volgt de Afdeling in de uitspraak van 13 maart 2019 over de afwijzing van een ligplaatsvergunning van een woonboot die werd verhuurd. De rechtbank had geoordeeld dat vanwege deze verhuur sprake was van een dienst en de Dienstenrichtlijn van toepassing was. De Afdeling zag dit anders. Een (algemeen) ligplaatsverbod voor een bepaald gebied is gericht op de ordening te water. Met het verbod wordt beoogd de fysieke verschijnselen om tot een bepaalde ordening te komen, gelet op relevante belangen, zoals doorvaart, veiligheid en milieu. Hieruit volgt dat het onderliggende ligplaatsverbod niet ziet specifiek op verhuurders richt, maar gericht is tot een ieder die

18 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196.

19 Rb. Zeeland-West-Brabant, 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:5947.

met een (woon)boot een ligplaats wil innemen. Zo'n ligplaatsverbod geldt in de regel niet alleen voor dienstverrichters bij de uitoefening van hun economische activiteiten, maar ook voor personen die handelen als particulier. Een algemeen ligplaatsverbod is in beginsel dan ook geen beperking van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en van het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten, omdat zij niet de toegang tot een activiteit in verband met diensten specifiek regelt of daarop specifiek van invloed is.

Uit deze uitspraken volgt dat als een ruimtelijk voorschrift de iure en de facto algemeen van toepassing is en dus op gelijke wijze moet worden nageleefd door particulieren als door ondernemingen, er geen sprake is van een beperking. De maatregel hoeft in dat geval niet aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst.

## **2.7 Tussenconclusie**

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat ruimtelijke voorschriften die de vestiging van detailhandel reguleren onder het bereik van de Dienstenrichtlijn vallen en derhalve aan de richtlijn moeten worden getoetst. Daarbij gaat het in het bijzonder om brancheringsregelingen. Als de voorschriften (tevens) betrekking hebben op vestiging van ondernemingen die buiten de richtlijn vallen, dienen ze (ook) rechtstreeks aan de vrijheid van vestiging onder artikel 49 VWEU te worden getoetst. Overigens komen deze materieel met elkaar overeen.

Indien de rechter concludeert dat een ruimtelijk voorschrift strijdig is met het Unierecht kan dit tot gevolg hebben dat het voorschrift buiten toepassing moet worden gelaten. De omstandigheid dat een besluit is uitgezonderd van bezwaar of beroep, staat de mogelijkheid van een exceptieve toets niet in de weg.

Voor zover ruimtelijke voorschriften zich niet specifiek richten op ondernemingen, zijn zij evenwel aan de economische vrijheden onttrokken. Het stellen van algemene ruimtelijke voorschriften wordt derhalve - in lijn met de hypothese van Jan - niet geraakt door deze vrijheden.

## **3 Onder welke voorwaarden is regulering van detailhandel toelaatbaar?**

De constatering dat een ruimtelijk voorschrift een (territoriale of kwantitatieve) beperking vormt van de vrijheid van vestiging, maakt niet dat deze ontoelaatbaar is. Volgens rechtspraak van het Hof is een beperking geoorloofd als aan vier voorwaarden is voldaan. De maatregel moet (1) non-discriminatoir zijn, (2) noodzakelijk zijn om een dwingende reden van algemeen belang, (3) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (4) evenredig zijn, dat wil zeggen dat de eis niet verder gaat dan nodig is om het doel te bereiken en dat doel niet met een andere, minder beperkende, maatregel kan worden bereikt. Deze voorwaarden zijn ook neergelegd in artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn.<sup>20</sup> Artikel 15 van de Dienstenrichtlijn is bij de

---

<sup>20</sup> De codificatie van de rechtspraak strookt niet volledig met de rechtspraak. In het arrest *CMRVO* heeft het Hof evenwel duidelijk gemaakt dat het niettemin gaat om dezelfde voorwaarden als bedoeld in de rechtspraak (HvJ EU 1 maart 2018, C-297/16, ECLI:EU:C:2018:141).

implementatie van de richtlijn niet omgezet in onze nationale wet- en regelgeving, maar een onderneming kan zich niettemin rechtstreeks op deze bepaling beroepen. De bepaling is immers, aldus het Hof in *Appingedam*, onvoorwaardelijk geformuleerd.

De voorwaarde dat een maatregel non-discriminatoir moet zijn, leidt in de praktijk niet of nauwelijks tot problemen en laat ik hier onbesproken. De overige voorwaarden bespreek ik hieronder afzonderlijk. Wat houden deze voorwaarden in en hoe kan worden gewaarborgd dat hieraan wordt voldaan?

### 3.1 Noodzakelijkheid: dwingende reden van algemeen belang

Het is al lange tijd rechtspraak van het Hof dat de doelstellingen van ruimtelijke ordening een dwingende reden opleveren die een beperkende maatregel noodzakelijk kunnen maken. Uit *Appingedam* volgt dat het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied, in het belang van het stedelijk milieu, eveneens dwingende redenen vormen die een territoriale beperking kunnen rechtvaardigen. Gedacht kan worden aan voorschriften die streven naar zorgvuldig ruimtegebruik, bereikbaarheid, bundeling en de leefbaarheid van kleine stadskernen en het behoud van een voldoende voorzieningenniveau voor de inwoners van de gemeente. Daarbij kan van belang zijn dat sprake is van ligging in of nabij een krimpregio.<sup>21</sup> Ook het bewerkstelligen van een grotere diversiteit in het aanbod aan winkels en het tegengaan van een monocultuur kan strekken tot bescherming van het stedelijk milieu.<sup>22</sup>

In zoverre laat het Unierecht de lidstaten vrij om de beschikbare ruimte en fysieke leefomgeving naar eigen inzicht in te vullen. Waar het in de kern omgaat is dat kan worden vastgesteld dat sprake is van ruimtelijke motieven en niet van economische motieven.<sup>23</sup> Bescherming van bestaande bedrijven kan nimmer een reden vormen om een beperking te rechtvaardigen. Op dit punt vallen het Unierecht en het ruimtelijke ordeningsrecht overigens samen; ook daar zijn economische motieven uit den boze.

### 3.2 Geschiktheid

Een kwantitatieve of territoriale beperking zoals een brancheringsregeling moet tevens geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken. Hiervoor is in de eerste plaats vereist dat het doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd (het consistentievereiste).<sup>24</sup> In de tweede plaats is vereist dat de regeling effectief de doelen bereikt.

Het blijkt niet eenvoudig om aan deze twee voorwaarden te voldoen. In het merendeel van de uitspraken die volgen op *Appingedam* is het bestuur er niet in geslaagd de rechter ervan te overtuigen dat aan deze eisen is voldaan. Een voorbeeld waarin het consistentievereiste wordt toegepast, is de eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling van 27 maart 2019 betreffende Verordening ruimte 2013 van de provincie Zuid-Holland.<sup>25</sup> Op grond van deze verordening was slechts de verkoop van bepaalde limitatief opgesomde goede-

21 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195.

22 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173.

23 Zie ook: artikel 1.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening.

24 Bijvoorbeeld C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbH) en C-341/08 ECLI:EU:C:2010:4 (Domnica Petersen).

25 ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964; zie ook ABRvS 27 maart 2019, ECLI:RVS:965.



ren buiten de bestaande winkelconcentraties toegestaan. Het college van Gedeputeerde Staten had niet inzichtelijk gemaakt waarom precies deze branches waren uitgezonderd. De verordening stond de verkoop van bijvoorbeeld surfplanken en piano's in de periferie toe, terwijl kajaks en orgels in bestaande centra mochten worden aangeboden, zonder dat inzichtelijk was dat de verkoop van laatstgenoemde goederen een wezenlijk ander effect op de stadscentra zou hebben dan de verkoop van de eerstgenoemde goederen. De betreffende bepaling diende dan ook integraal buiten toepassing te worden gelaten wegens strijd met artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn.

*Bewijslast ligt op regulerende overheid*

In het kader van het vereiste van effectiviteit verdient de bewijslast bijzondere aandacht. Het is, aldus de Afdeling, aan de regulerende overheid om de ingenomen stelling over de effectiviteit van de maatregel te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens.<sup>26</sup> In *Appingedam* en een drietal uitspraken op 19 december 2018 heeft de Afdeling richting gegeven over de vroeg hoe dit moet worden geconcretiseerd. In deze zaken oordeelt de Afdeling dat sprake dient te zijn van een analyse van de geschiktheid van de maatregel en van specifieke gegevens ter onderbouwing van het betoog over de geschiktheid van de getroffen maatregel. Het is niet voldoende dat het bestuur zich ter onderbouwing van een brancheringsregeling alleen op algemene ervaringsregels beroept. Het bestuur dient onderzoeksgegevens of andere gegevens te overleggen waarmee de gestelde gevolgen van vestigingsmogelijkheden in het perifere gebied op de samenstelling van het winkelaanbod en de leegstand in het centrum aannemelijk worden gemaakt. Daarbij kan onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleend aan koopstromenonderzoek, voor zover deze onderzoeken toepasbaar zijn op de specifieke situatie in de betrokken gemeente, in ogenschouw worden genomen. Bij het ontbreken van specifieke gegevens kan niet worden beoordeeld of het redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat de betreffende maatregel geschikt en evenredig is.

*Bewijslast omgevingsvergunning versus bewijslast bestemmingsplan*

Voor de omvang van de bewijslast is van belang of het gaat om de vaststelling van een bestemmingsplan dan wel een weigering van een omgevingsvergunning op grond van een afwijking hiervan. Op 24 oktober 2018 deed de Afdeling uitspraak in een zaak waarin aan International Bike Groep een omgevingsvergunning was geweigerd.<sup>27</sup> International Bike Group betoogde in beroep dat de planregel die uitsluitend perifere detailhandel toeliet in strijd was met artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan was echter onherroepelijk. In een dergelijke situatie ligt het volgens de Afdeling op de weg van de onderneming om nader te onderbouwen waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn. De enkele stelling dat het bestuursorgaan onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel geschikt zijn om het beoogde doel te bewerkstelligen, volstaat niet.

---

26 De Afdeling baseert zich daarbij met name op de arresten in de zaak C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje), en de zaak C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776 (Deutsche Parkinson Vereinigung).

27 ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471.

Voor ondernemingen is het dus zaak om tijdig tegen het bestemmingsplan op te komen en bovendien voldoende concreet aan te voeren op welke punten de weigering van een omgevingsvergunning in strijd is met de Dienstenrichtlijn.

*Bewijslast bij bagatelbeperkingen: geen salamitactiek*

Een interessante vraag is hoe met de bewijslast moet worden omgegaan bij ‘bagatelbeperkingen’, zoals het beperken van de omvang van de verkoop van nevenassortiment. Het is moeilijk om aan te tonen dat de verkoop van branchevreemd assortiment door één enkele detailhandelszaak zal leiden tot leegstand van het gehele centrum, dan wel anderszins tot een verslechtering van het woon-, leef- en ondernemersklimaat. Dit was dan ook punt van discussie in de zaken *Maastricht* en *Schijndel*, waarin respectievelijk een bedrijf in automaterialen en een tuincentrum werden beperkt in de verkoop van branchevreemde goederen.<sup>28</sup>

Ook bij een dergelijke geringe beperking blijft gelden dat de geschiktheid moet worden aangetoond door middel van een analyse met specifieke gegevens. De maatregel hoeft echter niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling te kunnen verwezenlijken: een maatregel slaagt al voor de evenredigheidstoets indien hij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling.<sup>29</sup>

Het is dus niet zo dat aannemelijk moet worden gemaakt dat iedere afzonderlijke beperking op zichzelf tot een gunstig leefklimaat in het centrum leidt en leegstand voorkomt, of omgekeerd dat het loslaten van deze beperking op zichzelf tot een ongunstig leefklimaat in het centrum en leegstand in het centrum leidt. Zou dit wel worden verlangd, dan zijn de nagestreefde doelen eenvoudig te ondermijnen; als vele geringe beperkingen de toets aan de Dienstenrichtlijn niet kunnen doorstaan omdat zij (ieder voor zich) het beoogde doel niet kunnen verwezenlijken, dan staat dit er uiteindelijk aan in de weg dat het beoogde doel kan worden bereikt. Een dergelijke salamitactiek acht de Afdeling niet geoorloofd.

Naast de focus op de geringe beperking dient er dus tevens oog te zijn voor het grotere geheel. Een beperking kan en mag een onderdeel zijn van een breder pakket aan maatregelen die gezamenlijk moeten leiden tot het beoogde doel. In dat geval dient wel aannemelijk te worden gemaakt dat de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de nagestreefde doelen, dat wil zeggen dat er een voldoende verband moet zijn tussen het onderdeel en het hele pakket. Daarbij is het niet voldoende dat de beperking aan de doelen kan bijdragen. Bij de beoordeling of hieraan is voldaan, gelden drie stappen.

Om vast te kunnen stellen of de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het pakket aan maatregelen, zal eerst een analyse moeten worden gemaakt van het effect van het pakket aan maatregelen in zijn geheel (stap 1). Bij die analyse moeten ook de effecten worden betrokken van de branchering die op andere locaties binnen de gemeente wordt toegepast. Zonder zo’n analyse van het hele pakket is er immers geen kader om te be-

28 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 (Maastricht); ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196 (Schijndel).

29 De Afdeling verwijst hiertoe naar het arrest van het Hof van 13 juni 2018, Deutscher Naturschutzring, ECLI:EU:C:2018:433, punt 49.

oordelen of het bestreden onderdeel van de branchering een zinvolle bijdrage levert aan het pakket aan brancheringsmaatregelen.

Vervolgens zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat de geringe beperking zelf een zinvolle bijdrage levert aan het totale pakket aan maatregelen (stap 2). Voor deze analyse gelden minder hoge eisen dan voor de analyse van de effectiviteit van het hele pakket. De bijdrage van (onderdelen van) een brancheringsregeling leent zich naar haar aard immers minder voor een analyse dan de effecten van de maatregelen tezamen. De analyse mag zich daarom richten op de bijdrage die de beperking levert aan het bereiken van de doelen die worden nagestreefd met het pakket aan brancheringsmaatregelen.

Daarmee is de onderbouwing nog niet af. Er dient tevens te worden nagegaan of de onderzoeken naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, ook toepasbaar zijn op de specifieke situatie in de betrokken gemeente (stap 3). Hiertoe zal moeten worden gemotiveerd en zo nodig met nader onderzoek onderbouwd dat de betrokken situatie niet zo bijzonder of afwijkend is dat die toepasbaarheid zich niet voordoet. Zo mag er niet van worden uitgegaan dat een algemeen onderzoek over de effectiviteit van bepaalde maatregelen voor krimpregio's ook van toepassing is op de betrokken regio. Op basis hiervan kan worden beoordeeld of de regeling een zinvolle bijdrage levert aan het pakket aan maatregelen.

In de zaken *Schijndel* en *Maastricht* concludeerde de Afdeling dat aan deze laatste stap niet was voldaan.

Overigens moet worden opgemerkt dat de bewijslast (vooralsnog) niet altijd op eenzelfde (strengere) wijze wordt toegepast. Dit kan voor een deel worden verklaard doordat, afgaande op de datum van publicatie, de diverse uitspraken elkaar hebben gekruist. Bovendien dateert een groot aantal van vóór de richtinggevende uitspraken van de Afdeling op 19 december 2018. Het ligt in de lijn der verwachting dat dit op korte termijn gestroomlijnd zal worden.

### 3.3 Niet verder dan nodig; geen andere, mindere beperkende maatregelen

Een derde en laatste vereiste is dat een beperkende maatregel niet verder gaat dan nodig is en er geen andere, minder beperkende maatregelen beschikbaar zijn waarmee het beoogde doel kan worden bereikt. Ook dit dient te worden onderbouwd aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Dit maakt dat als de gegevens ontbreken in het kader van de geschiktheid, er eveneens onvoldoende zijn gegevens om te beoordelen of is voldaan aan de evenredigheidstoets.

De bewijslast is, zo volgt ook uit het arrest *The Scotch Whisky Association e.a.*<sup>30</sup>, echter niet zo zwaar dat de bevoegde nationale autoriteiten positief moeten aantonen dat het legitieme doel dat wordt nagestreefd, niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden.

Een interessant punt is de verhouding van de evenredigheidstoets in het kader van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn ten opzichte van artikel 3:4, lid 2, Awb en het vereiste

---

30 C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845, (*Scotch Whisky Association*), punt 55.

van evenwichtigheid, oftewel de afweging van de aan individuele rechten veroorzaakte schade en de daartegenover staande voordelen in het algemeen belang. Deze toets is namelijk niet hetzelfde.

Zo kwam de Afdeling in eerdergenoemde zaak *Cheese Company* tot de conclusie dat het verbod als zodanig een gerechtvaardigde en evenredige beperking was van het vrij verrichten van diensten. Deze algemene conclusie liet, aldus de Afdeling, echter onverlet dat het verbod in een concrete situatie onevenredig kan zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen als bedoeld in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Gelet hierop beoordeelde de Afdeling vervolgens alsnog of, in het kader van de exceptieve toetsing bezien, het college het verbod in dit specifieke geval in redelijkheid ten grondslag had kunnen leggen aan de opgelegde last onder bestuursdwang. Deze vraag werd negatief beantwoord.

De beoordeling in het kader van artikel 3:4 lid 2 Awb lijkt dus ruimer dan de toets in het licht van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn. Andersom: het Unierecht biedt ruimte voor de nationale evenredigheidsbeginsel, dat aldus een aanvullende werking heeft op de evenredigheidsbeginsel in het licht van het vrij verkeer.

## 4 Evaluatie: De hypothese van Jan getoetst

In deze bijdrage is de hypothese van Jan dat de regels van de interne markt niet van invloed zijn op het ruimtelijke ordeningsrecht, getoetst aan de hand van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Appingedam* en nationale rechtspraak van na dit arrest. Hoe dient deze hypothese te worden geëvalueerd?

De analyse maakt duidelijk dat de blote hypothese dat de regels op de interne markt niet van invloed zijn op het ruimtelijke ordeningsrecht, als zodanig niet juist is. Uit *Appingedam* en de nationale rechtspraak volgt dat de mogelijkheid om vestiging van detailhandel te reguleren aan Europese grenzen is gebonden. Bij het vaststellen van ruimtelijke voorschriften dienen deze kaders in acht te worden genomen. De Dienstenrichtlijn 2006/123/EG vormt daarbij een belangrijke pijler.

Daar staat tegenover dat algemene ruimtelijke voorschriften die niet (specifiek) gericht zijn op regulering van economische activiteiten, onttrokken zijn aan de economische vrijheden en hierdoor dus niet worden geraakt. Ook laat het Unierecht de lidstaten betrekkelijk vrij in de wijze waarop zij de ruimtelijke omgeving vormgeven. Daarnaast is van belang dat als de regulering van vestiging daadwerkelijk is ingegeven door ruimtelijke motieven, dit geoorloofd kan zijn. De crux zit hem vooral in de vraag of kan worden bewezen of het betrokken voorschrift - al dan niet als onderdeel van een pakket aan maatregelen - doet wat het belooft: bijdragen aan een goede ruimtelijke ordening. Als hieraan is voldaan raakt het Unierecht de kern van het ruimtelijke ordeningsrecht niet. Vanuit dit meer genuanceerde perspectief, is de hypothese van Jan juist.



# De positie van de gemeenteraad bij gebiedsontwikkeling

*Prof. dr. ir. A.G. (Arjan) Bregman*

## 1 Inleiding; publiekrecht en privaatrecht bij gebiedsontwikkeling

Het fenomeen gebiedsontwikkeling wordt in het Juridisch Handboek Gebiedsontwikkeling als volgt omschreven: 'Gebiedsontwikkeling is een integraal, ruimtelijk verandingsproces, mede in relatie tot het daarop volgende beheer, waarbij de bestemming en/of de inrichting zodanig wijzigen dat daarvoor van overheidswege in elk geval planologische medewerking noodzakelijk is en daarnaast zowel aan publieke als aan private zijde sprake is van privaatrechtelijke betrokkenheid'<sup>1</sup>.

Uit deze omschrijving blijkt onder meer dat bij gebiedsontwikkeling de overheid zowel in publiekrechtelijke als in privaatrechtelijke zin betrokken is. De meeste gebiedsontwikkelingen vinden plaats op gemeentelijk niveau. Dit betekent dat deze dubbele betrokkenheid bij gebiedsontwikkeling hoofdzakelijk gemeenten betreft.

De vraag die in deze bijdrage voor het liber amicorum voor Jan Struikma centraal staat, is welke positie de gemeenteraad de afgelopen decennia heeft ingenomen bij zowel de publiekrechtelijke inkadering als het langs privaatrechtelijke weg maken van afspraken met marktpartijen bij gebiedsontwikkeling. Daarbij zullen achtereenvolgens de ontwikkeling van deze publiekrechtelijke en privaatrechtelijke betrokkenheid van de gemeenten gedurende de afgelopen jaren worden geschetst. Ook zal worden vooruitgeblikt naar de positie van de gemeenteraad zoals die zal zijn na inwerkingtreding van de Omgevingswet. Daarbij is uitgegaan van de stand van zaken op 15 maart 2019. Besloten wordt met enkele concluderende opmerkingen.

## 2 De gemeenteraad en de publiekrechtelijke inkadering van gebiedsontwikkeling

### 2.1 De positie van de gemeenteraad onder de WRO

De vaststelling van een (herziening van) het bestemmingsplan is vanouds een bevoegdheid van de gemeenteraad.

---

<sup>1</sup> A.G. Bregman, A.Z.R. Koning en R.W.J.J. de Win, *Juridisch Handboek Gebiedsontwikkeling* (2<sup>e</sup> druk, versie 2018), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, p. 6.

Voor substantiële afwijkingen van het bestemmingsplan kon tot 1 juli 2008 de gemeenteraad op grond van artikel 19, lid 1 Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) ten behoeve van de verwezenlijking van een project vrijstelling verlenen van het geldende bestemmingsplan, mits dat project is voorzien van een goede ruimtelijke onderbouwing en vooraf van gedeputeerde staten de verklaring is ontvangen, dat zij tegen het verlenen van vrijstelling geen bezwaar hebben.

## **2.2 De positie van de gemeenteraad onder de Wro**

In de Wet ruimtelijke ordening (Wro), zoals deze in werking trad op 1 juni 2008, was de bevoegdheid voor buitenplannen afwijken in beginsel bij de gemeenteraad neergelegd. Met de inwerkingtreding van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) zijn burgemeester en wethouders echter bevoegd gezag geworden voor het verlenen van omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo voor het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, indien daarvoor een voorafgaande verklaring van geen bedenkingen van de gemeenteraad is ontvangen (artikel 2.27 (Wabo jo. artikel 6.5 lid 1 Besluit omgevingsrecht (Bor)). Op grond van artikel 6.5 lid 3 Bor kan de gemeenteraad categorieën gevallen aanwijzen waarin een verklaring niet is vereist.

Indien de afwijking van het bestemmingsplan plaatsvindt door middel van het vaststellen van een projectuitvoeringsbesluit, dan is op grond van artikel 2.10 Crisis- en herstelwet (Chw) de gemeenteraad bevoegd om het projectuitvoeringsbesluit te nemen. Het wetsvoorstel 'Wijziging van de Crisis- en herstelwet in verband met het versnellen van woningbouw en het faciliteren van duurzame ontwikkeling, zoals het verduurzamen van het energiegebruik' (waarmee de Eerste Kamer naar verwachting binnenkort zal instemmen) bepaalt dat, als het projectuitvoeringsbesluit voorziet in afwijking van het bestemmingsplan, naar analogie van de verlening van omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo een verklaring van geen bedenkingen van de gemeenteraad is vereist.

De bestendige lijn gedurende de afgelopen decennia is hiermee geweest dat bij besluitvorming over ruimtelijke ontwikkelingen van enige omvang, waarbij stevast een wijziging van het vigerende planologische kader noodzakelijk is, de positie van de gemeenteraad onder vroegere en huidige wetgeving cruciaal is.

## **2.3 De positie van de gemeenteraad bij ruimtelijke ontwikkelingen in de jurisprudentie<sup>2</sup>**

Voor private initiatiefnemers kan deze cruciale positie nog wel eens leiden tot onaangename verrassingen. Zo besloot de gemeenteraad van de gemeente Bronckhorst op 1 januari 2012 het bestemmingsplan 'Landgoed Boldiek 2009' niet vast te stellen. Met het plan werd beoogd de ontwikkeling van het multifunctioneel agrarisch landgoed Boldiek mogelijk te maken op een tweetal percelen te Halle. Tegen dit besluit wordt (door de initiatiefnemer) beroep ingesteld bij de Afdeling.

---

2 De uitspraken die hier aan de orde komen zijn bedoeld als enkele voorbeelden ter illustratie.

De appellant motiveert zijn beroep door te stellen dat de raad in strijd met het vertrouwensbeginsel het plan niet heeft vastgesteld. Hij wijst hierbij onder meer op een tweetal principetoezeggingen van het college van B en W. Ook heeft de raad zijn besluit naar het oordeel van appellant onvoldoende gemotiveerd.

Ten aanzien van de door het college van B en W gedane principetoezeggingen stelt de raad zich op het standpunt dat hem bij het besluit omtrent het vaststellen van een bestemmingsplan beleidsvrijheid toekomt en dat eventuele toezeggingen van het college van B en W hem niet binden. De raad wijst er verder op dat hij met het nemen van een voorbereidingsbesluit nog geen definitief standpunt inneemt over de mogelijke toekomstige bestemming van een perceel in een bestemmingsplan.

De Afdeling overweegt in zijn uitspraak van 9 januari 2013<sup>3</sup> ten aanzien van het betoog van appellant dat het vertrouwensbeginsel is geschonden doordat ondanks de principetoezeggingen van het college van B en W geen plan door de raad is vastgesteld, dat in het algemeen geen rechten kunnen worden ontleend aan toezeggingen die zijn gedaan door niet ter zake beslissingsbevoegden. De bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan berust niet bij het college van B en W, maar bij de raad. Dit maakt deze zaak ook wezenlijk anders dan uitspraken van de Afdeling in een tweetal andere zaken waarnaar ook door appellant wordt verwezen, nu in die uitspraken een besluit van het college van B en W zelf aan de orde was. De motivering van de raad wordt door de Afdeling toereikend geacht.

Al met al zijn voor de initiatiefnemer de drijven in deze casus zuur. Kennelijk bevonden initiatiefnemer en het college van B en W zich een heel eind op een spoor zonder verzekerd te zijn van voldoende steun in de gemeenteraad. Daarmee bevat deze uitspraak - waarvan de uitkomst in juridisch opzicht nauwelijks een verrassing mag heten - een belangrijk advies aan initiatiefnemers voor de praktijk van gebiedsontwikkeling in het algemeen: zoek ingeval van initiatieven ten aanzien van (politiek gevoelige) ruimtelijke ontwikkelingen tijdig afstemming met de raad c.q. raadscommissie teneinde dit soort verrassingen te voorkomen. En een verstandige wethouder zal met deze uitspraak in de hand tegen initiatiefnemers zeggen: garantie tot de raadszaal.

Een tweede uitspraak die in dit verband interessant is heeft betrekking op een in april 2012 genomen besluit van de raad van de gemeente Gulpen-Witterom om het bestemmingsplan 'Drinkwaterkelder De Planck' niet vast te stellen. Aan dit besluit ging het volgende vooraf.

De naamloze vennootschap N.V. Waterleiding Maatschappij Limburg (WML) heeft een aanvraag ingediend voor het vaststellen van een bestemmingsplan ten behoeve van het realiseren van een drinkwaterkelder op het betreffende perceel.

WML stelt dat de raad ten onrechte het bestemmingsplan niet heeft vastgesteld. Hier toe betoogt zij onder meer dat het bestreden besluit ten onrechte niet van een kenbare motivering is voorzien waardoor geen inzicht wordt verkregen in de beweegredenen van de raad om niet in te stemmen met het bestemmingsplan noch in de belangenafweging

---

3 ABRvS 9 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8008. Zie over deze uitspraak A.G. Bregman, Garantie tot de raadszaal, Actualiteiten Bouwrecht 16 januari 2013. Hiervan, en van de in de noten 3, 4 en 5 genoemde publicaties is bij het schrijven van deze bijdrage gebruik gemaakt.



die aan het bestreden besluit ten grondslag ligt. Bij de bekendmaking van het besluit is geen motivering gevoegd.

De Afdeling stelt in zijn uitspraak van 14 november 2012<sup>4</sup> dat dit laatste in strijd is met de artikelen 3:46 en 3:47 van de Awb en dat daarom het besluit van de raad voor vernietiging in aanmerking komt. Tegelijk ziet de Afdeling aanleiding om te bezien of de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand kunnen blijven, gelet op de motivering in het verslag van de raadsvergadering.

De Afdeling acht het daarbij van belang dat in het verslag slechts de afzonderlijke meningen van de raadsleden zijn verwoord en dat hierin geen blijk is gegeven van een belangenafweging tussen het door WML vertegenwoordigde algemene belang van een goede levering van drinkwater enerzijds en het belang van de huidige eigenaar bij behoud van zijn gronden anderzijds.

De Afdeling ziet derhalve geen aanleiding om de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten en bepaalt dat de raad een nieuw besluit dient te nemen op de aanvraag van WML.

Deze casus leidt daarmee tot een andere uitkomst dan de in de hiervoor besproken uitspraak inzake de gemeente Bronckhorst. Cruciaal verschil tussen beide uitspraken is dat in de uitspraak Bronckhorst de door de raad gegeven motivering het besluit wel kon dragen en het beroep afstuitte op het niet afdwingbare karakter van toezeggingen van het college.

Overigens zijn er sterke overeenkomsten. In beide gevallen wilde het college van B en W meewerken aan het plan van de initiatiefnemer en in beide cases lijkt sprake van een onhandige communicatie over nut en noodzaak van het plan van initiatiefnemer. Dat laatste wordt de initiatiefnemer door een deel van de raad van Gulpen-Wittem blijkens het verslag van de raadsvergadering althans verweten. Ondanks de voor de initiatiefnemer in deze vooralsnog gunstige uitkomst (die echter nog niets zegt over de inhoud van het te nemen nieuwe besluit), volgt ook uit deze uitspraak een advies aan initiatiefnemers bij gebiedsontwikkeling om ingeval van initiatieven ten aanzien van (politiek gevoelige) ruimtelijke ontwikkelingen tijdig afstemming met de raad c.q. raadscommissie te zoeken teneinde vergelijkbare problemen te voorkomen.

Een derde, vrij recente casus betreft een uitspraak van een initiatiefnemer die sinds 1999 (!) het voornemen heeft om op zijn perceel in de gemeente Leiden een gezondheidscentrum te realiseren. Het vorige bestemmingsplan 'Oostvlietpolder' uit 2004, maakte de bouw van een praktijk voor sociaal-medische doeleinden op deze locatie mogelijk. Omdat de bouwhoogte van de eveneens toegelaten dienstwoning met 8 meter volgens de initiatiefnemer niet toereikend was, heeft hij tegen het goedkeuringsbesluit van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland (want nog onder de oude WRO) beroep ingesteld. De Afdeling stelde de initiatiefnemer in het gelijk, omdat niet draagkrachtig was gemotiveerd dat de door initiatiefnemer gevraagde bouwhoogte van 10 meter voor de dienstwoning niet zou passen in de schaal en de bebouwing van de Vlietweg. Een

---

<sup>4</sup> ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3091. Zie over deze uitspraak A.G. Bregman, Niet vaststellen van een bestemmingsplan dit keer wel in strijd met de wet, *Actualiteiten Bouwrecht*, 12 februari 2013.

en ander herhaalde zich in de jaren 2006-2008: de gemeente neemt (naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling) opnieuw een bouwhoogte voor dienstwoning van 10 meter op in het bestemmingplan, GS onthouden wederom goedkering en ook ditmaal vernietigt de Afdeling wegens een ontoereikende motivering.

In 2014 wordt in een nieuw voorontwerp en aansluitend in een ontwerpplan een wijzigingsbevoegdheid opgenomen die het bouwvoornemen van de initiatiefnemer mogelijk maakte.

GS dienen een zienswijze over het ontwerpplan in, omdat niet is beschreven hoe het ontwerpplan zich verhoudt tot de provinciale kaders. Uit de zienswijze blijkt niet dat GS betekenis hebben toegekend aan de voorgeschiedenis zoals die hiervoor is weergegeven.

Naar aanleiding van de zienswijze besluit de raad de wijzigingsbevoegdheid te laten vervallen in het vast te stellen plan om reden dat het voornemen in strijd is met provinciale regelgeving en het gemeentelijk beleid. De provinciale regelgeving betreft de Verordening Ruimte 2014 van de provincie Zuid-Holland.

De Afdeling komt in haar uitspraak van 7 maart 2018<sup>5</sup> tot de slotsom dat de Verordening voor het plan voor het gezondheidscentrum op zichzelf niet betekent dat de raad deze niet zou mogen toelaten in een bestemmingsplan. De raad heeft echter op grond van met name zijn eigen beleid aanleiding gezien om de ontwikkeling niet mogelijk te maken, zo overweegt de Afdeling.

Wat betreft het gemeentelijke beleid is met name relevant het document 'Toetsingskader Oostvlietpolder Duurzaam Groen. Uitwerking structuurvisie Leiden 2025 voor het onderdeel Oostvlietpolder'.

De initiatiefnemer voert aan dat sprake is van bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de raad in redelijkheid een groter gewicht aan zijn belang bij de realisatie van zijn bouwvoornemen had moeten toekennen dan aan de in het Toetsingskader algemeen geformuleerde uitgangspunten. Daarbij wijst hij met name op de voorgeschiedenis en de investeringen die hij naar aanleiding van het voortdurende overleg met het gemeentebestuur steeds heeft moeten doen. Volgens hem zijn er geen belangen die worden geschaad bij realisatie van zijn bouwvoornemen. Verder wijst hij erop dat zijn bouwvoornemen een positief effect heeft op bepaalde woningen in het gebied, aangezien door zijn bouwvoornemen de geluidbelasting op de gevels van deze woningen zal verminderen.

Ten aanzien van het betoog dat de raad in dit geval in de hiervoor beschreven voorgeschiedenis aanleiding had moeten zien om de belangen van de initiatiefnemer zwaarder te laten wegen dan de belangen die zijn gemoeid met het beslissen overeenkomstig het Toetsingskader overweegt de Afdeling dat naar haar oordeel geen sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat het handelen overeenkomstig het Toetsingskader gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de doelen die met het Toetsingskader worden beoogd. De omstandigheid dat GS tot twee maal toe een onjuist besluit omtrent goedkeuring hebben genomen en na de uitspraak van de Afdeling van

---

5 ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:757. Zie over deze uitspraak A.G. Bregman, De zure druiven van de beleidsvrijheid van de gemeenteraad', *Actualiteiten Bouwrecht*, 8 maart 2018

19 november 2008 ten onrechte niet een nieuw besluit omtrent goedkeuring hebben genomen en de omstandigheid dat het college van B en W zich vanaf 2008 bereidwillig heeft opgesteld ten aanzien van het voornemen, brengen niet mee dat de raad niet in redelijkheid op grond van het door hem in oktober 2013 vastgestelde Toetsingskader heeft kunnen beslissen om het voornemen van de initiatiefnemer niet mogelijk te maken in de Oostvlietpolder. Deze omstandigheden laten immers onverlet dat het besluit over de vaststelling van een bestemmingsplan door de raad wordt genomen en dat de raad op grond van gewijzigde planologische inzichten en na afweging van alle betrokken belangen een plan met een andere bestemming en andere regels mag vaststellen. Daarbij is van belang dat het vorige plan uit 2004 stamt en dat de raad uiteen heeft gezet dat zijn opvatting over de ontwikkeling van de Oostvlietpolder sinds 2004 is gewijzigd. In die afweging heeft de raad daarom evenmin doorslaggevende betekenis hoeven toekennen aan de overige door de initiatiefnemer gestelde positieve effecten van de ontwikkeling.

Deze uitspraak leidt tot een voor de initiatiefnemer (uiterst) onbevredigend resultaat, met name omdat de gemeente eerst bij de vaststelling van het bestemmingsplan het Toetsingskader uit 2013 ten tonele voert, terwijl dit ook ten tijde van het opstellen van het (voor)ontwerp reeds beschikbaar was. Bovendien was de aanleiding om van mening te veranderen de - naar het oordeel van de Afdeling onjuiste - provinciale opvatting dat de verordening aan de bouw van het gezondheidscentrum in de weg zou staan. Voor de initiatiefnemer zijn op deze manier de druiven van de beleidsvrijheid die de Afdeling de gemeenteraad laat bijzonder zuur.

De drie besproken uitspraken, in onderlinge samenhang gezien, tonen aan dat de Afdeling bereid is om de beleidsvrijheid van de gemeenteraad te respecteren, mits besluiten afdoende zijn gemotiveerd (op grond van vigerend beleid). Dat deze besluiten strijden met eerdere besluitvorming door het college die tot stand kwam na samenspraak met initiatiefnemers voor wie de raadsbesluiten teleurstellend en nadelig zijn, is voor de Afdeling niet van doorslaggevend belang.

## **2.4 De positie van de gemeenteraad onder de Omgevingswet**

Onder de Omgevingswet zijn er twee manieren om voor een gebiedsontwikkeling die past bij het vigerende omgevingsplan omgevingsrechtelijke toestemming te verkrijgen: een wijziging van het omgevingsplan en het verlenen van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit is in zekere zin te vergelijken met de vrijstelling op grond van artikel 19, lid 1 onder de WRO en de omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik op grond van artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo<sup>6</sup>.

Gelet op de ervaring met ruimtelijke ordening en gebiedsontwikkeling gedurende de afgelopen decennia is er geen reden om aan te nemen dat onder de Omgevingswet de behoefte om af te wijken van het vigerende plan zal afnemen. Omgevingsvergunningen

---

6 Zie in die zin ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 101. Een 'buitenplanse omgevingsplanactiviteit' wordt in de Omgevingswet overigens als volgt gedefinieerd: 'activiteit, inhoudende: a. een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die in strijd is met het omgevingsplan, of b. een andere activiteit die in strijd is met het omgevingsplan'. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 2, p. 84.

voor buitenplanse omgevingsplanactiviteiten zullen naar verwachting dan ook veelvuldig worden verleend.

De bevoegdheid tot wijziging van het omgevingsplan berust bij de gemeenteraad. Op grond van artikel 2.8. Omgevingswet heeft de gemeenteraad wel de mogelijkheid om de bevoegdheid tot het vaststellen van onder meer delen van het omgevingsplan te delegeren aan het college van burgemeester en wethouders. Dit is anders dan onder de Wro, waar delegatie van de bevoegdheid aan het college van de bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan niet mogelijk is.

De bevoegdheid tot het verlenen van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit berust echter bij het college. In de MvT bij de Invoeringswet wordt daarover onder meer opgemerkt: 'Voor deze buitenplanse omgevingsplanactiviteiten zullen aanvullende regels gaan gelden. Zo zal de gemeenteraad ten aanzien van deze buitenplanse omgevingsplanactiviteiten de mogelijkheid krijgen gevallen aan te wijzen waarin het een adviesbevoegdheid heeft en kan gedeputeerde staten gevallen aanwijzen waarvoor het een advies- en instemmingsbevoegdheid heeft.<sup>7</sup>' Deze gemeentelijke adviesbevoegdheid is opgenomen in artikel 16.15a aanhef en onder b Omgevingswet.

Bij amendement<sup>8</sup> is deze regeling inzake de gemeentelijke adviesbevoegdheid, vlak voor de sluitingstermijn van deze bijdrage, gewijzigd, zodanig dat de gemeenteraad in bepaalde gevallen toch een voorafgaand instemmingsrecht verkrijgt bij het verlenen van omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. De indieners van het amendement merken in de toelichting bij dit amendement het volgende op: 'Indieners zijn van mening dat de gemeenteraad bij een buitenplanse omgevingsplanactiviteit niet gepasseerd mag worden door het college van burgemeester en wethouders (college), bij het verlenen van omgevingsvergunningen. De raad zou een doorslaggevende rol moeten hebben voor bepaalde gevallen, door de raad zelf te bepalen. In de Omgevingswet is reeds een grondslag opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur gevallen aan te wijzen waarbij het recht van instemming van bestuursorganen is opgenomen bij een voorgenomen beslissing op een aanvraag. Via dit amendement wordt een verzwaaard adviesrecht voor de gemeenteraad toegevoegd als het gaat om de aanvraag om een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsactiviteit en over een verzoek om een beslissing over instemming over een voorgenomen beslissing op een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsactiviteit. Dit betekent dat de raad in de gelegenheid moet worden gesteld om advies uit te brengen in de door hem aan te wijzen gevallen over aanvragen om een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit of over verzoeken om beslissingen over instemming over voorgenomen beslissingen op aanvragen om een omgevingsvergunning voor buitenplanse omgevingsplanactiviteiten. Instemming over voorgenomen beslissingen op aanvragen om een omgevingsvergunning zal zich voordoen als niet het college, maar een ander bestuursorgaan bevoegd is voor de aanvraag voor een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. De uitkomst van het advies is door de toevoeging van het voorgestelde artikel 16.15b bindend.'<sup>9</sup>

7 *Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 64.*

8 *Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 53.*

9 *Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 53, p. 2.*

### **3 De gemeenteraad en de privaatrechtelijke gemeentelijke betrokkenheid bij gebiedsontwikkeling<sup>10</sup>**

Vanouds is de gemeenteraad bevoegd tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten. Sinds de wijziging van de Gemeentewet in verband met de dualisering van het gemeentebestuur op 7 maart 2002 zijn in het kader van gebiedsontwikkeling relevante gemeentelijke bevoegdheden verdeeld over verschillende bestuursorganen. In dit verband zijn van bijzonder belang de artikelen 160 en 169 Gemeentewet.

Op grond van artikel 160 lid 1 onder e Gemeentewet is het college bevoegd tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten. In het tweede lid van dit artikel wordt daaraan toegevoegd dat het college slechts besluit tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het besluit daartoe wordt bovendien niet genomen dan nadat de raad een ontwerpbesluit is toegezend en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.

De burgemeester is bevoegd namens de gemeente de privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten (art. 171 lid 1 Gemeentewet). In het kader van samenwerking tussen de gemeente en marktpartijen bij gebiedsontwikkeling, vraagt het bepaalde in artikel 169 lid 4 Gemeentewet in het bijzonder de aandacht. Daarin is bepaald dat B en W de raad vooraf inlichtingen verstrekken omtrent de uitoefening van een aantal bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid te besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente, indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In dat laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad zijn wensen en bedenkingen ter zake ter kennis van het college heeft kunnen brengen.

Ingeval van samenwerking met marktpartijen bij gebiedsontwikkeling zal vaak sprake zijn van besluiten met ingrijpende gevolgen.

Een bijzondere vorm van samenwerking tussen gemeenten en marktpartijen is de oprichting van een gezamenlijke onderneming die wordt belast met het voeren van de grondexploitatie ten behoeve van een gebiedsontwikkeling. De publiek-private samenwerking waarvan dan sprake is, wordt doorgaans aangeduid als het 'joint-venturemodel' bij gebiedsontwikkeling<sup>11</sup>. Uit het bepaalde in artikel 160 lid 2 Gemeentewet volgt dat gemeentelijke participatie in een dergelijke onderneming slechts kan plaatsvinden nadat de raad in de gelegenheid is gesteld wensen en bedenkingen te uiten.

De bevoegdheid van het college wordt verder materieel begrensd, indien op grond van de overeenkomst tussen de gemeente en een of meer marktpartijen door de gemeente financieel dient te worden bijgedragen aan het project. De gemeenteraad heeft immers

---

<sup>10</sup> Zie Bregman, Koning en De Win, a.w., p. 15 e.v.

<sup>11</sup> Zie Bregman, Koning en De Win, a.w., p. 263.

het budgetrecht, en stelt de begroting vast. Hij kan via die weg bepalen of de noodzakelijke financiële middelen beschikbaar worden gesteld en kan zo de haalbaarheid van een gebiedsontwikkeling en van samenwerking daarbij met marktpartijen mede bepalen.

#### **4 Enkele concluderende opmerkingen ten aanzien van de positie van de gemeenteraad bij gebiedsontwikkeling**

Zoals in paragraaf 1 is aangegeven staat in deze bijdrage de vraag centraal welke positie de gemeenteraad de afgelopen decennia heeft ingenomen bij zowel de publiekrechtelijke inkadering als het langs privaatrechtelijke weg maken van afspraken met marktpartijen bij gebiedsontwikkeling. In de paragrafen 2 en 3 zijn achtereenvolgens de ontwikkeling van deze publiekrechtelijke en privaatrechtelijke betrokkenheid van de gemeenten gedurende de afgelopen jaren aan de orde gekomen.

Wat betreft de privaatrechtelijke betrokkenheid is het moment waarop de dualisering van het gemeentebestuur zijn beslag heeft gekregen cruciaal. Vanaf 7 maart 2002 is het college van burgemeester en wethouders bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten met marktpartijen in het kader van gebiedsontwikkeling. Weliswaar dient het college overeenkomsten waarvan de uitvoering 'ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente' vooraf aan de gemeenteraad voor te leggen om daarop wensen en bedenkingen in te dienen, maar voor zover de kennis van ondergetekende van gebiedsontwikkeling strekt, leidt dit relatief weinig tot aanpassingen van overeenkomsten die het college beoogt aan te gaan, zo het college al van oordeel is dat het tevoren voorleggen van de overeenkomst aan de gemeenteraad in het licht van artikel 169 lid 4 Gemeentewet noodzakelijk is. Gevallen waarin de gemeenteraad zijn budgetrecht gebruikt met het specifieke doel om voorgenomen afspraken met marktpartijen te voorkomen of op voorhand te laten wijzigen, zijn ondergetekende niet bekend.

In onderlinge samenhang beschouwd kan daarom worden geoordeeld dat de privaatrechtelijke betrokkenheid van de gemeente sinds de dualisering van het gemeentebestuur in de praktijk van gebiedsontwikkeling (vrijwel) geheel een zaak is van het college van burgemeester en wethouders, omdat van de bevoegdheden van de gemeenteraad, met name de bevoegdheid om wensen en bedenkingen naar voren te brengen, niet of nauwelijks gebruik wordt gemaakt. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat dit beeld in de toekomst zal wijzigen.

Ten aanzien van de publiekrechtelijke inkadering van gebiedsontwikkeling is de verhouding tussen de raad enerzijds en het college anderzijds ten principale anders. Ongeacht de keuze voor hetzij een bestemmingsplanwijziging dan wel het verlenen van een omgevingsvergunning voor planologische afwijking of het nemen van een projectuitvoeringsbesluit is expliciete instemming van de raad een juridische voorwaarde om de gebiedsontwikkeling doorgang te kunnen laten vinden. De gemeenteraad heeft daarmee steeds een beslissende stem op de kwaliteit van de leefomgeving, voor zover die kwaliteit planologisch relevante aspecten van de gebiedsontwikkeling betreft. Indien wordt gekozen voor de vaststelling van een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte op grond van de Crisis- en herstelwet (Chw), kan het aantal aspecten waarop de gemeenteraad via

het bestemmingsplan kan sturen nog worden uitgebreid naar andere kwaliteiten van de leefomgeving.

Gesteld kan worden dat de bevoegdheid van het college om te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen (inclusief het participeren in (publiek-private) ondernemingen) enerzijds en de bevoegdheid van de raad om te besluiten over de planologische c.q. omgevingsrechtelijke inkadering van gebiedsontwikkeling anderzijds een zeker evenwicht in de besluitvorming van college en raad ten aanzien van gebiedsontwikkeling waarborgt.

Dit evenwicht wordt na invoering van de Omgevingswet gecontinueerd, indien het omgevingsplan wordt toegesneden op de beoogde gebiedsontwikkeling. De vaststelling van een omgevingsplan is onder de Omgevingswet immers een bevoegdheid van de gemeenteraad, ook al bestaat de mogelijkheid tot delegatie aan het college. Omdat de raad zelf omtrent de invulling van deze delegatiemogelijkheid besluit, staat deze naar mijn oordeel niet op gespannen voet met de noodzakelijke democratische legitimatie van cruciale besluiten ten aanzien van de kwaliteit van de leefomgeving.<sup>12</sup>

Dat dit evenwicht ook na invoering van de Omgevingswet blijft bestaan geldt ook in gevallen waarin het college voor de omgevingsrechtelijke inkadering van gebiedsontwikkelingen kiest voor de route van het verlenen van omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Daarvoor is in de Omgevingswet bepaald dat de gemeenteraad kan bepalen dat in bepaalde gevallen een instemmingrecht van de raad geldt voordat de vergunning wordt verleend.

Dit instemmingsrecht zat echter niet van meet af aan in de Omgevingswet. In zowel de 'hoofdwet' voor de Omgevingswet als aanvankelijk in de Invoeringswet was bepaald dat de gemeenteraad bij een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit slechts een adviesbevoegdheid zou hebben, indien en voor zover de gemeenteraad zichzelf die bevoegdheid althans zou hebben toegekend voor het type gevallen waartoe de ruimtelijke ontwikkeling in kwestie behoort.

Dit zou in potentie een forse verschuiving van de machtsverhouding tussen de gemeenteraad enerzijds en het college anderzijds bij gebiedsontwikkeling hebben betekend, die kan worden geïllustreerd aan de hand van de drie uitspraken die in paragraaf 2 van deze bijdrage werden genoemd. Het betrof daar (1) de ontwikkeling van het multifunctioneel agrarisch landgoed, respectievelijk (2) het realiseren van een drinkwaterkelder respectievelijk (3) het realiseren van een gezondheidscentrum met een dienstwoning. In alle drie de gevallen bereikten de betreffende initiatiefnemers met het college overeenstemming. In alle drie de gevallen besloot de raad anders, hetgeen een blokkade opleverde voor verwerkelijking van het initiatief.

Het is de vraag hoe het deze initiatieven zou zijn vergaan in de hypothetische situatie dat op grond van de Omgevingswet de raad uitsluitend een adviesbevoegdheid zou hebben gehad.

---

12 Zie hierover ook Frank Groothuijse, Karlijn Landman & Remco Nehmelman, Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht? *NJB* 30-3-2018 - Afl. 13, p. 848 e.v.



De eerste vraag is die in dat verband relevant is, of de betrokken gemeenteraden voor de betreffende gevallen voor zichzelf een adviesrecht zouden hebben bedongen. Dat lijkt waarschijnlijk, uitgaande van de nadrukkelijke eigen mening die de betrokken gemeenteraden in de besproken gevallen aan de dag legden. Daarbij moet wel worden aangetekend dat een sterke opvatting over een concreet geval niet noodzakelijkerwijs hoeft te betekenen dat de gemeenteraad ook alle typen gevallen waarbij betrokkenheid wenselijk wordt geacht op voorhand zo weet aan te wijzen dat alle concrete gevallen waarbij de raad betrokken wil zijn op basis van de kenmerken van die concrete gevallen, daar ook onder zullen vallen.

Uitgaande van de veronderstelling dat voor de besproken gevallen een raad zichzelf een adviesrecht zou hebben toebedeeld, is de tweede vraag of dit in deze gevallen zou hebben geleid tot een negatief advies. Dat lijkt waarschijnlijk, uitgaande van de opvatting van de gemeenteraad in deze gevallen. Daarbij moet wel worden aangetekend dat een negatief besluit met als gevolg dat een juridische belemmering ontstaat voor verwezenlijking van een initiatief, niet mag worden gelijkgesteld met een negatief advies waardoor slechts een juridische belemmering ontstaat indien het college dit advies laat volgen door een dienovereenkomstig besluit.

De derde vraag is of een negatief raadsadvies in de besproken gevallen inderdaad zou zijn gevolgd door een voor de initiatiefnemer negatief besluit van het college. Een antwoord op deze vraag is lastig, omdat dit antwoord in hoge mate afhankelijk is van de verhouding tussen raad en college in de betreffende gemeenten. Deze verhouding is met name bepalend voor het antwoord op de vierde vraag, namelijk welke de consequenties voor het college zijn verbonden aan het niet opvolgen van een negatief raadsadvies. Naar de mening van ondergetekende zal dit zeker niet in alle gemeenten leiden tot een beschadiging van de relatie tussen de raad en het college (en in het uiterste geval; tot het vertrek van een of meer wethouders), met name niet indien sprake is van een beperkte raadsmeerderheid die negatief adviseert en waarbij enkele leden van de coalitiepartijen zich incidenteel keren tegen een initiatief waarover het college met een initiatiefnemer overeenstemming heeft bereikt.

De die in paragraaf 2 besproken voorbeelden zijn niet alle onder de noemer 'gebiedsontwikkeling' te brengen. Voor ruimtelijke veranderingen die zijn te kwalificeren als gebiedsontwikkeling volgens de in paragraaf 1 aangehaalde omschrijving zal naar mijn mening steeds gelden dat de raad daarvoor een adviesrecht zal bedingen. In hoeverre de adviesbevoegdheid door gemeenteraden zal worden gebruikt om een negatief advies te geven en in hoeverre colleges dergelijke adviezen zullen opvolgen is echter niet goed voorspelbaar. Wel durft ondergetekende de voorspelling te doen dat verzwakking van de juridische positie van de raad als gevolg van het verruilen van een beslisbevoegdheid voor een adviesbevoegdheid, in verschillende gevallen en met name in sommige gemeenten onder de Omgevingswet conform de oorspronkelijke opzet zou hebben betekend dat veel initiatieven waarmee de raad onder het huidige recht niet zonder meer zou hebben ingestemd, wel ongewijzigd doorgang zouden hebben gevonden. Dit geldt met name gelden in gemeenten waarin de gemeenteraad, in het bijzonder in het ruimtelijk domein, ten opzichte van het college ook nu al een relatief volgende rol vervult.



Het aan de gemeenteraad toekennen van slechts een adviesrecht ingeval van omgevingsvergunningen voor buitenplanse omgevingsplanactiviteiten betekent een forse verschuiving ten opzichte van de huidige wettelijke regeling. Desalniettemin is het ongedaan maken van deze verschuiving door het aan de gemeenteraad toekennen van de bevoegdheid om zichzelf in bepaalde gevallen een instemmingsrecht te verlenen niet zonder slag of stoot gegaan. Reeds bij de behandeling van de hoofdwet voor de Omgevingswet in 2015 werd een amendement ingediend dat beoogde de raad een instemmingsrecht te geven bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit, die destijds nog 'afwijkactiviteit' werd genoemd<sup>13</sup>. Ter toelichting merkt de indiener van dat amendement onder meer op: 'Om meerdere redenen is het wenselijk dat de gemeenteraad wel instemmingsrecht krijgt voor buitenplanse afwijkactiviteiten.

Allereerst beslist de gemeenteraad over het omgevingsplan. Het is vreemd dat de gemeenteraad geen doorslaggevende stem heeft bij besluiten over afwijkingen van ditzelfde omgevingsplan. Ten tweede kunnen deze afwijkingen ook verdergaande gevolgen hebben dan de betreffende afwijkactiviteit. (...) Ten derde zal de afwijkingsactiviteit vaker dan nu zien op ruimtelijk relevante activiteiten, door de tendens om omgevingsplannen steeds meer een globaler karakter te geven en doordat steeds meer vergunningen onder algemene regels vallen. Uit de praktijk is bekend dat de ruimtelijke impact van afwijkactiviteiten groot kan zijn.' De toenmalige minister van Infrastructuur en Milieu ontraadde het amendement echter, waarbij zij ter toelichting onder meer opmerkte: 'Gelet op de vergaderfrequentie van de meeste gemeenteraden acht ik deze meest verstrekkende vorm van betrokkenheid bij besluitvorming ongewenst. Onder de Wabo is een termijn van zes maanden soms al te kort om een besluit omtrent een verklaring van geen bedenkingen van de gemeenteraad te krijgen. Zeker omdat het vaak gaat om kleinschalige afwijkingen acht ik dergelijke wachttijden voor burgers niet aanvaardbaar. Binnen hetzelfde bestuursapparaat is de instemmingsbevoegdheid ook buiten proporties. Binnen de duale verhoudingen bestaan er voldoende controlemechanismen voor de gemeenteraad. Om daar goede invulling aan te kunnen geven zal ik bij de uitvoeringsregels voorzien in een adviesrol voor de gemeenteraad.'<sup>14</sup>

Ook in de literatuur was er kritiek op de bepaling dat de gemeenteraad zichzelf slechts een adviesbevoegdheid zou kunnen toebedelen<sup>15</sup>. In een brief aan de Tweede Kamer, met daarin een reactie op het artikel van Groothuijse, Landman & Nehmelman, schreef de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties met betrekking tot kritiek op de adviesbevoegdheid voor de raad onder meer: 'Binnen de duale verhoudingen bestaan er voldoende controlemechanismen voor de gemeenteraad. Om daar goede invulling aan te kunnen geven, is een adviesrol toereikend geacht.'<sup>16</sup>

Pas bij de mondelinge behandeling van de Invoeringswet pakte de Tweede Kamer door en werd zo gewaarborgd dat het bestaande evenwicht in de bevoegdheidsverdeling tus-

---

13 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 79.

14 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 100, p. 13.

15 Zie onder meer Groothuijse, Landman & Nehmelman, a.w., p. 851/852, J.J. Karens, Redactioneel: Afwijken van het omgevingsplan; de gemeenteraad op afstand?, *Actualiteiten Bouwrecht*, 17 oktober 2017 en A.G. Bregman, Redactioneel: Onder de Omgevingswet verschrompelt de positie van de gemeenteraad, *Actualiteiten Bouwrecht*, 3 januari 2019.

16 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 6.

sen raad en college bij gebiedsontwikkeling na invoering van de Omgevingswet zal zijn gewaarborgd.

Wat betreft de omgevingsrechtelijke inkadering van gebiedsontwikkeling blijft de bal derhalve in eerste aanleg bij de gemeenteraad liggen. Anders dan onder de Wro zal elke gemeenteraad zich een oordeel moeten vormen over de gewenste eigen betrokkenheid bij zowel ruimtelijke ontwikkelingen waarvoor het omgevingsplan het omgevingsrechtelijke kader zal vormen, als bij het verlenen van omgevingsvergunningen voor buitenplanse omgevingsplanactiviteiten. Het is daarbij te hopen dat gemeenteraden zich ervan bewust zijn dat in de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling gedurende de afgelopen jaren ruimtelijke sturing door middel van het bestemmingsplan en het verlenen van planologische medewerking aan ruimtelijke ontwikkelingen in afwijking van het bestemmingsplan gelijkwaardige alternatieven zijn geweest. Voor een consistente raadbetrokkenheid bij de kwaliteit van de leefomgeving is het daarom noodzakelijk dat de categorieën van gevallen waarin de gemeenteraad voorafgaande instemming wenst bij het verlenen van omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit, wordt afgestemd op de categorieën van gevallen waarin de vaststelling van onderdelen van het omgevingsplan aan het college wordt gedelegeerd. Zo, maar dan ook zo alleen ontstaat een coherente omgevingsrechtelijke bevoegdheidsverdeling op gemeentelijk niveau ten aanzien van de kwaliteit van de leefomgeving.



# Digitalisering in het Bouwrecht: een verkennende vergelijking tussen BIM en het DSO

*Mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman*

## 1 Inleiding

Op 1 juni 2021 treedt, volgens de actuele planning, de Omgevingswet in werking. De digitale ondersteuning van de uitvoering van die Omgevingswet is geregeld in het Digitaal stelsel omgevingswet (DSO).<sup>1</sup> Via het zogenaamde Omgevingsloket zou “alles wat mag en wat niet volgens de Omgevingswet” moeten zijn terug te vinden, aldus [www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl](http://www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl).<sup>2</sup> Het digitaal stelsel vervangt bij de inwerkingtreding van de wet de bestaande toepassingen als het Omgevingsloket online (OLO), Activiteitenbesluit Internet Module (AIM) en [ruimtelijkeplannen.nl](http://ruimtelijkeplannen.nl), maar de ambities voor de lange termijn zijn groter dan dat.

In deze bijdrage wil ik een parallel trekken tussen het uitwisselen van digitale gegevens bij Building Information Modelling in het privaatrechtelijke domein en het uitwisselen van gegevens middels het DSO en het Omgevingsloket. Daarbij kijk ik met een privaatrechtelijke blik naar het publiekrechtelijke domein, en probeer ik enige - veelal door het privaatrecht ingegeven - vragen op te werpen.

Daartoe beschrijf ik eerst wat het DSO is (par. 2) en wat BIM is (par. 3). Om vervolgens in te gaan op de overeenkomsten en verschillen tussen BIM en DSO (par. 4), om daarna stil te staan bij het belang van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid bij beide systemen (par. 5 t/m 7). Tot slot worden in par. 8 enkele afsluitende opmerkingen gemaakt.

## 2 Wat is het DSO?

Het digitaal stelsel omgevingswet (DSO) zou er voor moeten zorgen dat gegevens die nodig zijn voor o.a. het digitaal aanvragen en verlenen van vergunningen en het doen van meldingen, eenvoudig beschikbaar is voor die betrokkenen die die gegevens nodig hebben in het kader van het uitoefenen van de wet, aldus de nota van toelichting bij het

---

<sup>1</sup> De Omgevingswet bevat de wettelijke grondslagen voor het instellen van het DSO. Zie o.a. ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 46 (MvT)

<sup>2</sup> <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/digitaal-stelsel/>.

Omgevingsbesluit.<sup>3</sup> Dat klinkt als een alleszins nuttig streven.<sup>4</sup> Ook de omgevingswet zelf lijkt heldere taal te spreken. Het DSO is geregeld in Afdeling 20.5 van de Ow. Uit art. 20.20 Ow volgt het doel van het DSO<sup>5</sup>, kort gezegd, het beschikbaar stellen van informatie over de fysieke leefomgeving, het faciliteren van het elektronisch verkeer binnen de Omgevingswet, het bevorderen van een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet. Art. 20.21 Ow gaat over een landelijke voorziening die moet voorzien in, samengevat, het elektronisch ontsluiten van informatie, het elektronisch kunnen indienen van een aanvraag om een besluit, doen van een melding, verstrekken van gegevens en bescheiden ter voldoening aan een andere informatieverplichting dan een melding of een ander bericht. De wet bevat een 11-tal bepalingen die de verdere uitwerking van het DSO omvatten.<sup>6</sup> Dit alles zou (praktische vormgegeven) moeten resulteren in het landelijke Omgevingsloket.<sup>7</sup>

De uitwerking van de wetteksten in concrete acties lijkt echter weerbarstiger. Zo schrijft Jan Struiksma zelf in zijn column over het DSO over de wijze waarom aanvankelijk informatie zou worden verwerkt middels de zogenaamde informatiehuizen.<sup>8</sup> Die koers lijkt inmiddels verlaten, aldus ook de column van Jan, maar wie rondkijkt op [www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl](http://www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl) krijgt het vermoeden dat de uitwerking van het DSO (ook zonder de informatiehuizen) geenszins eenvoudig lijkt en wordt ondergedompeld in een veelheid aan jargon en technische (ICT) termen.<sup>9</sup> Zo wordt er gesproken over koppelvlakken, vragenbomen<sup>10</sup>, de vier bouwstenen van het DSO (het Omgevingsloket, de lokale systemen van de overheden, de infrastructuur en gegevens en documenten), de vergunningscheck, de viewer 'Regels op de kaart'<sup>11</sup> (hierop kan iedereen regels uit omgevingsdocumenten ofwel per gebied ofwel per locatie kan bekijken op de kaart), het register toepasbare regels, de landelijke voorziening bekendmaken en beschikbaar stellen (LVBB), de stelselcatalogus Omgevingswet, het aansluiten van de lokale systemen en het gebruik van informatieproducten op een veelheid aan gebieden.<sup>12</sup> Daarnaast wordt

---

3 Zie ook Omgevingsbesluit, nota van toelichting, *Stb* 2018, 209, par. 9.4 voor een duidelijk leesbare omschrijving van het DSO.

4 Het DSO toont enige gelijkenis met het nu digitaal aanvragen van een omgevingsvergunning via het Omgevingsloket Online (OLO). En bouwt daar deels op voort, zie o.a. p. 50 van de MvT bij de Omgevingswet (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3). En T&C Wabo commentaar op art. 3.1 Wabo door Van den Broek, aantekening 1.)

5 Art. 20.20 Ow (geconsolideerde versie) via: <https://www.omgevingswetportaal.nl/documenten/publicaties/2019/03/19/herleidbare-geconsolideerde-versie-omgevingswet>

6 Art. 20.20 v/m 2.30 Ow.

7 <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/digitaal-stelsel/in-de-praktijk/digitaal-stelsel-0/>.

8 J. Struiksma, Digitaal Stelsel Omgevingswet: iedereen doet mee, maar de gebruiker blijft buiten beeld, *TBR* 2018/100.

9 Het begint nog enigszins begrijpelijk op [www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl](http://www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl). Het omgevingsloket wordt gekoppeld aan de systemen van de lokale overheden: "Lokale overheden sluiten hun systemen aan op het digitale stelsel om via het loket de regels te tonen. En om de aanvragen en meldingen uit het loket te ontvangen. Door zaaksystemen, ruimtelijke plansystemen en regelbeheersystemen te koppelen met de landelijke voorziening, ontstaat een complete (digitale) keten.

10 Begrijpelijk uitgelegd op p. 48 van de MvT (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3).

11 Zowel de vergunningscheck als de viewer zitten binnen het Omgevingsloket.

12 Te weten: afval en grondstoffen, bodem en ondergrond, bouw, cultureel erfgoed, externe veiligheid, geluid, lucht, natuur, ruimte en water. Dit zijn althans de gebieden waarop zogenaamde verkenningen zijn uitgevoerd over de noodzaak van informatieproducten.

gesproken van informatie in ketens in drie deelgebieden. Kortom: het is de vraag of het er in de praktijk eenvoudiger op wordt.

In de Omgevingswet is in art. 20.26 Ow<sup>13</sup> een grondslag opgenomen waarmee bij algemene maatregel van bestuur informatie kan worden aangewezen die beschikbaar moet worden gesteld om via de landelijke voorziening het DSO te kunnen ontsluiten.<sup>14</sup> Die AMvB is inmiddels aangenomen; het Omgevingsbesluit (dat verwijst naar een groot aantal regelingen en besluiten). De MvT zegt hier over dat bij diezelfde Amvb wordt bepaald welke partij, welke informatie beschikbaar moet stellen. Welke informatie moet worden opgenomen wordt genoemd in de MvT<sup>15</sup>: besluiten en andere officiële publicaties van overheden, zowel bestaande als voorgenomen regels of plannen “zodat de gebruiker kan zien of bijvoorbeeld sprake is van een ontwerp omgevingsplan, of van een vastgesteld of inmiddels onherroepelijk geworden plan.”<sup>16</sup> Dat lijkt mij zo op het eerste gezicht, nog los van de complexiteit van de technische realisatie van een dergelijke database, nog redelijk overzichtelijke en beheersbare informatie. Maar het DSO gaat veel verder<sup>17</sup> zo zal ook veel andere informatie over de fysieke leefomgeving worden opgenomen in het DSO, zoals informatie over luchtkwaliteit, waterkwaliteit en ‘verwachtingen over archeologische of natuurwaarden’.<sup>18</sup>

### 3 Wat is BIM?

Een verzamelnaam voor verschillende vormen van digitaal ontwerpen en bouwen is Building Information Modelling (BIM). Eastman e.a.<sup>19</sup>, auteurs van het BIM Handbook, definiëren BIM als: ‘a modelling technology and associated set of processes to produce, communicate, and analyze building models’. Veel andere bronnen bevatten vergelijkbare definities.<sup>20</sup> BIM heeft niet enkel betrekking op het (digitale) eindproduct (het BIM-model) maar ook op het (digitaliseren van) het werkproces (het BIM-proces of het ‘bimmen’). Wat precies kán en wat partijen willen of doen met BIM, kan sterk uiteen lopen, maar een van de belangrijkste onderdelen of kenmerken van werken met BIM, is het uitwisselen, samenvoegen, ordenen en analyseren van data en digitale informatie.<sup>21</sup> Van belang is ook dat efficiënt en succesvol werken met BIM in grote mate

13 Art. 20.26 lid 1 Ow: Bij algemene maatregel van bestuur kan informatie worden aangewezen die beschikbaar wordt gesteld voor ontsluiting via de landelijke voorziening, bedoeld in artikel 20.21. Daarbij wordt bepaald door en aan welke bestuursorganen of rechtspersonen die informatie beschikbaar wordt gesteld.

14 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 46 en ook, uitgebreider, p. 319 MvT

15 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 46.

16 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 46.

17 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 47.

18 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 47.

19 C.A. Eastman, P. Teicholz, R. Sacks and K. Liston, *BIM Handbook: a guide to building information modelling for owners, managers, designers, engineers, and contractors*, 2011, Hoboken, NJ: Wiley p. 16. (hierna: Eastman e.a. 2011).

20 Zie o.a. hierover E.M. Bruggeman, De waarschuwingsplicht van art. 7:754 BW en digitaal ontwerpen en bouwen, *TBR* 2018/140, en E.M. Bruggeman, ‘Het aanbesteden van een opdracht met een BIM-component. Deel 1: Inleiding en de vraagspecificatie’, *TBR* 2018/16.

21 E.M. Bruggeman, De waarschuwingsplicht van art. 7:754 BW en digitaal ontwerpen en bouwen, *TBR* 2018/140.

afhankelijk is van correcte informatie in het BIM en afspraken over hoe die informatie en de kwaliteit ervan wordt geborgd.

## 4 Overeenkomsten tussen BIM en DSO

In het DSO staan twee functies centraal: het ontsluiten van informatie over de fysieke leefomgeving<sup>22</sup> en de loketfunctie waarmee een initiatiefnemer een vergunningaanvraag kan indienen, een melding kan doen of op een andere manier gegevens aan het bevoegd gezag kan verstrekken.<sup>23</sup> Die informatieverstrekking wordt objectgericht en zou beschikbaar moeten worden met een ‘klik op de kaart’.<sup>24</sup> En daarmee vertoont het DSO een grote gelijkenis met het gebruik van BIM modellen gevuld met informatie. Zoals in par. 3 beschreven komt BIM in veel vormen voor, maar die vorm waarbij het BIM model gevuld is met objectgeoriënteerde informatie vertoont veel gelijkenis met de ‘klik op de kaart’ van het DSO.

En er zijn meer parallellen te trekken tussen BIM en het DSO. Beiden vertrouwen in grote mate op data en informatie. Onder het begrip data wordt, samengevat verstaan de genoteerde of opgeslagen symbolen, nummers, beelden etc.<sup>25</sup> Bij werken met BIM kan onder data dan ook gevat worden de (eenvoudigste) representatie van gegevens over het gebouwde. Maar ook een BIM-model dat de data over het ontwerp bevat kan als (een verzameling van) data worden gezien.<sup>26</sup> Informatie gaat een stap verder dan data. Met informatie wordt betekenis aan de data toegevoegd. Informatie geeft verbanden aan tussen data-componenten: de weergave van gebruikte materialen, afmetingen, situering in het gebouwde, relaties met andere componenten etc. BIM ziet specifiek op het toekennen van informatie aan en generen van informatie uit elementen en modellen. Na of naast data en informatie wordt vaak nog kennis genoemd.<sup>27</sup> Kennis omvat het leggen van verbanden en geven van betekenis aan informatie. Met betrekking tot BIM kan informatie de toets zijn of het ontwerp voldoet aan het programma van eisen, de uitkomsten van de berekeningen met betrekking tot energiezuinigheid, lichtinval, kostenraming.<sup>28</sup>

Het DSO zal veelal ook bestaan uit data, namelijk de lijnen op de kaart. Die data (de lijnen op de kaart), zullen veelal betekenis hebben en (daarmee) informatie bevatten. Zo

---

22 Het gaat om regels voor de fysieke leefomgeving, zoals informatie uit besluiten of andere rechtsfiguren op grond van de Omgevingswet (zoals bijvoorbeeld een omgevingsplan of omgevingsvisie). Daarnaast kan het gaan het om andere informatie over de fysieke leefomgeving, zoals informatie over de staat van die omgeving. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 44.

23 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 44.

24 De Memorie van Toelichting verwoordt het op p. 44 (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3) als volgt: ‘Het interbestuurlijke streefbeeld is om de informatievoorziening zo in te richten dat de informatie zoveel mogelijk objectgericht, met een «klik op de kaart» kan worden opgeroepen.’

25 A. Liew, ‘Understanding data, information, knowledge and their inter-relationships’, *Journal of Knowledge management practice*, vol. 8, no. 2, juni 2007.

26 Zie E.M. Bruggeman, De waarschuwingplicht van art. 7:754 BW en digitaal ontwerpen en bouwen, *TBR* 2018/140, par. 3.

27 De zogenaamde DIKW pyramide, overzichtelijk beschreven op Wikipedia: <[https://en.wikipedia.org/wiki/DIKW\\_pyramid](https://en.wikipedia.org/wiki/DIKW_pyramid)>.

28 E.M. Bruggeman, De waarschuwingplicht van art. 7:754 BW en digitaal ontwerpen en bouwen, *TBR* 2018/140.

kan een specifieke lijn een erfgrans voorstellen, of een andere betekenis hebben, zoals de begrenzing van een toegekende functie (denk aan bijvoorbeeld een woonbestemming). Daarnaast is de bedoeling dat die informatie nog veel verder gaat, en misschien wel in de richting van kennis komt, nu ook juridische gegevens in het systeem zal worden opgenomen (denk aan een omgevingsplan of een beschikking, maar ook de eventuele gevolgen van die beschikking voor een (potentiele of toekomstige) vergunningsaanvraag), of bijvoorbeeld cijfers over bijvoorbeeld luchtkwaliteit.

Het onderscheid tussen data, informatie en kennis, is in de privaatrechtelijke verhoudingen met name van belang voor privaatrechtelijke waarschuwingsplichten en ontwerpverantwoordelijkheden en aansprakelijkheden.<sup>29</sup> Maar ook in publiekrechtelijke zin is het onderscheid van belang, o.a. omdat partijen op de publiekrechtelijk beschikbare data of informatie (of kennis) beslissingen zullen baseren. Zo is de informatie beschikbaar in het DSO ook van invloed ook o.a. de (omvang van de ) mededelingsplichten in verband met de kenbaarheid van publiekrechtelijke beperkingen in de zin van art. 7:15 BW.<sup>30</sup> De op een onroerende zaak rustende beperkingen zijn, mocht de (inhoud van) het DSO aan de verwachtingen voldoen, eenvoudiger kenbaar voor (potentiele) kopers.

Tot slot wordt in beide gevallen voortgebouwd op data of informatie in het DSO of in het BIM-model, in het DSO in het kader van besluitvorming of planvorming en beslissingen door private partijen (bijv. i.h.k.v. de aankoop of ontwikkeling van bepaalde gebieden), in het BIM in het kader van ontwerp- en uitvoeringsbeslissingen (met gevolgen voor ontwerp, kwaliteit, financieren en planning).

In de toekomst zal het zelfs kunnen voorkomen dat in BIM-modellen wordt gewerkt met digitale informatie uit het DSO, of omgekeerd dat voor de vergunningaanvraag een BIM-model kan worden aangeleverd via het Omgevingsloket. In dat geval raken BIM en DSO dus verbonden en verweven. Die kans neemt alleen maar toe als de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen ook van kracht wordt. Dit wetsvoorstel beoogt, zeer kort door de bocht, bouwtoezicht te privatiseren. Dit zal veelal tot gevolg hebben dat partijen ook hun kwaliteitsborgingsprocessen digitaal gaan organiseren en idealiter resulteert dit ook in het digitaliseren van de contacten met het bevoegd gezag<sup>31</sup>, het opleverdossier voor consumenten (art. 7:757a BW) en het dossier dat aan het bevoegd gezag moet worden overgelegd (zie art. 7ab aan de Woningwet).<sup>32</sup>

29 Zie hierover ook het artikel genoemd in voorgaande noot. Of iemand moet waarschuwen is afhankelijk van o.a. de evidentie van een fout en deskundigheid aan de zijde van de opdrachtnemer, hoe evident een fout is, is o.a. afhankelijk van de wijze waarop de fout gepresenteerd wordt, in de vorm van data of informatie of (zelfs) kennis. Informatie en kennis veronderstellen mogelijkerwijs eerder wetenschap van aan de zijde van de opdrachtnemer over een fout of de (ernst van) de gevolgen van een fout.

30 Art. 7:15 lid 1 BW luidt als volgt: De verkoper is verplicht de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard. Zie over 7:15 en de Omgevingswet: W.G. Huijgen, art. 7:15 BW en de nieuwe Omgevingswet, WPNR 2018/7179, p. 65-70.

31 Denk aan de verklaring van de kwaliteitsborger.

32 Zie over beide vormen van het opleverdossier: E.M Bruggeman & H.P.C.W. Strang, Wet Kwaliteitsborging behandeld in Tweede Kamer, *TBR* 2017/52, par. 5.



## 5 Betrouwbaar en vertrouwelijk

Van belang bij BIM én het DSO, zijn zowel de betrouwbaarheid van de data of informatie die wordt opgeslagen of doorgeleverd, als de vertrouwelijkheid van de informatie-uitwisseling. Bij werken met BIM vloeien die eisen (veelal) voort uit de contractuele afspraken, bij het DSO uit art. 2:14 lid 3 Awb. Hierin is bepaald dat indien een bestuursorgaan berichtenverkeer langs elektronische weg laat plaatsvinden, dit dient te geschieden op een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier, gelet op de aard van de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt.

De betrouwbaarheid ziet op de correctheid van de in de systemen opgeslagen data en informatie, op de actualiteit van die gegevens en de compleetheid ervan, maar ook op voldoende zekerheid of betrouwbaarheid omtrent de identiteit van de verzender. Daarnaast is het proces van het leveren of ter beschikking stellen van de data een belangrijk kenmerk. Het enkel opslaan van (correcte) data is namelijk niet het enige streven, het gaat ook (en met name) om het doorleveren en ontsluiten van data en informatie van de ene partij naar de andere (het proces).<sup>33</sup> Daarbij kan veel mis gaan, en informatie verloren of veranderd raken. Daarnaast kan, in meerdere of mindere mate, vertrouwelijkheid van de informatie-uitwisseling van belang zijn. Op de onderwerpen vertrouwelijkheid en betrouwbaarheid, wordt hieronder nader ingegaan (in de paragrafen 6 en 7).

## 6 Vertrouwelijkheid

Het opslaan en uitwisselen van data en informatie brengt altijd vragen over vertrouwelijkheid van zowel de data zelf, als van de systemen waarmee de data wordt uitgewisseld mee.

Bij BIM geldt (het belang van) die vertrouwelijkheid van de uitwisseling van informatie en van de informatie zelf vrijwel onverkort. Het gaat daarbij om privaatrechtelijke verhoudingen waarbij partijen de uitgewisselde gegevens niet ‘op straat’ willen hebben.<sup>34</sup>

Bij het DSO is het doel juist veelal de informatie breed en vrij toegankelijk beschikbaar te krijgen, maar zal in sommige gevallen een zekere mate van vertrouwelijkheid moeten worden gewaarborgd.<sup>35</sup>

### 6.1 Vertrouwelijkheid informatie

Ook al is het DSO bestemd om informatie breed en voor iedereen beschikbaar te stellen, niet alle gegevens die de overheid bezit over bijvoorbeeld een aanvraag of de aanvrager van een ontheffing of vergunning, hoeven te worden opgenomen in het DSO. In sommige gevallen zal dat niet eens mogen. De MvT<sup>36</sup> bij de Ow zegt over de ontsluiting van de vertrouwelijke informatie het volgende:

---

33 Zie ook o.a. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 46.

34 Zie art. 8.1 van het Nationaal Model BIM Uitvoeringsplan.

35 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 49.

36 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 49.

Het is niet altijd mogelijk om informatie voor een onbeperkte doelgroep te ontsluiten. Dat is, naast de in paragraaf 2.1.4.6 nader besproken persoonsgegevens<sup>37</sup>, bijvoorbeeld het geval bij bedrijfsgevoelige informatie, maar ook bij informatie die kan leiden tot misbruik (exacte vindplaatsen van Romeinse bodemschatten of zeldzame beschermde orchideeën) of die een risico voor de openbare veiligheid kan opleveren. In het voorstel is daarom opgenomen dat informatie die bij toetsing aan artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur niet kan worden verstrekt, niet voor een ieder wordt ontsloten. Omdat de informatie afkomstig zal zijn van diverse partijen, wordt bij algemene maatregel van bestuur nader bepaald welke partij deze toets c.q. afweging uitvoert.

Niet opgenomen in het DSO worden dus gegevens die betrekking hebben op persoonsinformatie zoals beschermd door de AVG<sup>38</sup>, bedrijfsgevoelige informatie, informatie die kan leiden tot misbruik (bodemschatten) en risico's voor de openbare veiligheid. De leidraad lijkt te zijn dat informatie die ook niet 'gewobt' kan worden, ook niet in het DSO 'voor een ieder' wordt ontsloten.

## 6.2 Vertrouwelijkheid informatie-uitwisseling

Naast de vertrouwelijkheid van veel informatie zelf, waardoor niet alles in het DSO kan worden opgenomen, wordt die vertrouwelijkheid (veelal) (ook) gewaarborgd door de wijze waarop de informatie wordt uitgewisseld in (naar ik aanneem) afgeschermd delen van het DSO. Die vertrouwelijkheid kan worden gewaarborgd door het gebruik van goed werkende ICT systemen die niet eenvoudig te 'hacken' zijn. Het DigiNotar-incident uit 2011 heeft maar al te goed laten zien hoe kwetsbaar de overheid is die gevoelige informatie via digitale systemen laat lopen.<sup>39</sup> Groothuis stipt aan dat deze affaire laat zien hoe belangrijk het is dat de eisen neergelegd in afdeling 2.3 Awb over betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van digitaal communiceren, wordt geconcretiseerd.<sup>40</sup> Dat belang van concretisering neemt alleen maar toe bij het van kracht worden van het DSO. Het is de vraag of de wetgever die concretisering van zijn taak omtrent betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid, wel vorm heeft gegeven in het DSO (waarover hieronder meer).

## 7 Betrouwbaarheid

Naast vertrouwelijkheid van informatie, is als gezegd ook de betrouwbaarheid van de opgeslagen of gewisselde informatie uiteraard cruciaal voor een werkend systeem als BIM en de DSO. Maar ook de betrouwbaarheid van de afzender zal bij zowel het DSO als bij BIM een belangrijke rol spelen.

37 Het gaat hier, kortweg, om gegevens die onder bescherming van de AVG vallen.

38 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, par. 2.1.4.5. zegt er nog e.e.a. over op p. 50-51. Op p. 52 wordt de rol van de AVG t.o.v. het DSO ook nog uitgewerkt.

39 Zie rapport van de Onderzoeksraad voor de veiligheid over het DigiNotar incident: <https://www.onderzoeksraad.nl/nl/page/1730/het-diginotarincident>.

40 M.M. Groothuis, Op weg naar een digitale overheid. Over waarborgen en randvoorwaarden in bestuursrechtelijk perspectief, *Gst.* 2013/82.

## 7.1 Betrouwbaarheid afzender

Bij het gebruik van digitale systemen als BIM en het DSO dient de betrouwbaarheid van de afzender te worden geborgd.

Bij werken met BIM wordt die borging van de authenticiteit van de afzender vrijwel altijd (contractueel) gevraagd bij werken met de Open BIM standaard Visi.<sup>41</sup>

Visi is een vorm van BIM die enkel ziet op BIM als proces, en de communicatie binnen het bouwproject vorm geeft. Visi is geen open standaard die een BIM-model of BIM-data oplevert, wel kan het gebruikt worden voor het vastleggen van het BIM-proces en het versturen van BIM-data en BIM-modellen. Het gebruik van Visi maakt het mogelijk voor partijen om voorafgaand aan het bouwproject vast te leggen wie voor welke rol binnen het bouwproces verantwoordelijk is. Een authenticatieproces met een inlog-systeem zorgt er daar voor dat partijen over en weer (dus zowel aan opdrachtgevers als opdrachtnemers zijden) er op mogen vertrouwen dat communicatie door de bevoegde personen wordt verricht (denk aan goedkeuringen voor bijvoorbeeld meerwerk).<sup>42</sup>

Ook bij werken met het DSO kan de authenticiteit van de afzender (ook aan beide zijde) worden geborgd door het gebruik van elektronische handtekeningen. De eis van betrouwbaarheid bij communicatie, en dus ook betrouwbaarheid van de afzender, in of via het DSO, vloeit, voort uit art. 2:16 Awb.<sup>43</sup>

Het BW regelt in Boek 3 de eisen die aan digitale handtekeningen worden gesteld. Een niet-elektronische handtekening strekt ertoe een verbinding te leggen tussen een natuurlijke persoon, de ondertekenaar, en een tekst (op de akte) die hij ondertekent.<sup>44</sup> Het gaat hierbij om identificatie en wilsuiking.<sup>45</sup> Voor de elektronische handtekening geldt hetzelfde: het gaat om het leggen van een verbinding tussen de ondertekenaar en de elektronische gegevens.<sup>46</sup> Op grond van art. 3 sub 10 Eidas-verordening, waarnaar de bepalingen in Boek 3 verwijzen<sup>47</sup>, wordt onder de elektronische handtekening verstaan

---

41 En blijkens de MvT zal ook bij het DSO zoveel mogelijk met (open) standaarden worden gewerkt in het realiseren van de juiste informatie-uitwisseling, *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 47.

42 Visi wordt grootschalig toegepast, o.a. Rijkswaterstaat vraagt om het werken met Visi aan haar opdrachtnemers. De gemeente Amsterdam heeft Visi voor al haar projecten boven de 50.000 euro intern verplicht het gebruik van Visi voorgeschreven en vraagt ook aan opdrachtnemers om binnen projecten via Visi met hen te communiceren. En ook ProRail, de Provincie Gelderland, Rotterdam, Groningen, Breda en andere steden stellen werken met Visi verplicht.

43 Afdeling 2.3 van de Awb gaat voer verkeer via elektronische weg door een bestuursorgaan. Art. 2:16 Awb gaat in op de eisen aan elektronische ondertekening. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 14-15 en de verwijzing daar naar de beginselen van Franken over behoorlijk ICT gebruik: H. Franken, beschikken en automatiseren, preadviezen voor de vereniging voor administratief recht, Var-reeks 110, 1993, p. 18 e.v. en ook M.M. Groothuis, Op weg naar een digitale overheid. Over waarborgen en randvoorwaarden in bestuursrechtelijk perspectief, Gemeentestem 2013/82.

44 Tjong Tjin Tai, Groene Serie Vermogensrecht, 2 Historie bij: Burgerlijk Wetboek Boek 3, Artikel 15a [Elektronische handtekening], onder 4.1 (actueel t/m 20-3-2017).

45 R.E. van Esch, Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, diss. KU Nijmegen 1999, p. 125-127.

46 Tjong Tjin Tai, Groene Serie Vermogensrecht, 2 Historie bij: Burgerlijk Wetboek Boek 3, Artikel 15a [Elektronische handtekening], onder 4.1 (actueel t/m 20-3-2017).

47 Afdeling 1A van Boek 3 bevat sinds 10 maart 2017 in de artikelen 3:15a -3:15c BW de (gedeeltelijke) implementatie van de zogenaamde eidas-verordening: Verordening 910/2014. Verordening 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014, PbEU 2014 L 257/73).

“gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen.” Met behulp van de technieken die achter de geavanceerde vormen van de digitale handtekening zitten, denk aan bijvoorbeeld het gebruik van DigiD, kunnen authenticiteit van afzender en bericht in voldoende mate worden gegarandeerd. Waarschijnlijk is dat deze technieken ook gebruikt zullen worden bij de vertrouwelijke gedeelten van het DSO.

## 7.2 Betrouwbaarheid van de informatie en de informatie-uitwisseling

De (technische) werking van de systemen en afhankelijkheid daarvan om tot een goede, foutloze uitwisselingen van data en informatie te komen, is een belangrijke overeenkomst tussen het gebruik van BIM (in een privaatrechtelijke samenwerking) en DSO. Die uitwisseling zelf moet betrouwbaar zijn (geschieden zonder het verloren gaan van informatie). Daarnaast is voor beide systemen cruciaal dat de data of informatie waarop beslissingen worden gebaseerd, klopt. Zowel BIM (in al zijn vormen) als het DSO zijn waardeloos en nutteloos zonder betrouwbare informatie.

Bij werken met BIM zal via contractuele weg de betrouwbaarheid (correctheid en compleetheid) van de informatie in of van het BIM worden geregeld. Zo zullen afspraken worden gemaakt over de vorm waarin de informatie moet worden verstuurd of verwerkt, wanneer, op welke wijze, tot welk niveau van gedetailleerdheid etc. Ook zullen afspraken gemaakt worden over taakverdeling en verantwoordelijkheden met betrekking tot de verschillende aspecten van het BIM, en zal veelal een BIM-coördinator met het heel BIM proces en controle en verificatie van de gegevens en het BIM (kunnen) worden belast. Daarnaast zullen contractueel geregelde informatieplichten, waarschuwingsplichten, ontwerpverantwoordelijkheid en vormen van allocatie van risico met betrekking tot de verantwoordelijkheid voor de (correctheid) van de BIM-data bijdragen aan de borging van de correctheid van de informatie een BIM-model.<sup>48</sup>

Hoe zit die borging van de kwaliteit van de informatie bij en in het DSO? De MvT bij de Omgevingswet besteedt vrij uitgebreid aandacht aan de kwaliteit van de informatie die moet worden ontsloten in het DSO en het proces van informatie-uitwisseling. Het valt wel op dat de onderwerpen steeds door elkaar en weinig geordend aan bod komen. Over de kwaliteit van de informatie zegt de MvT<sup>49</sup> dat bij ministeriële regeling nog nadere regels worden gesteld ten aanzien van de op te nemen informatie en de kwaliteit daarvan, met name met betrekking tot actualiteit van de informatie en herleidbaarheid ervan. Die ministeriële regeling is echter nog niet beschikbaar op dit moment.<sup>50</sup> Over de in het DSO opgeslagen informatie zegt de MvT voorts<sup>51</sup>:

48 Zie voor voorbeelden van al dit soort afspraken de via [www.bimloket.nl](http://www.bimloket.nl) beschikbare modellen van het Nationaal Model BIM Protocol en nationaal Model BIM Uitvoeringsplan die beiden gebruikt (kunnen) worden als aanvulling op de traditionele bouwcontractmodellen.

49 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 47.

50 In het Omgevingsbesluit is niets opgenomen over de informatie in het DSO, enkel dat deze wordt uitgewerkt in de invoeringswet Omgevingswet, waar nauwelijks iets is terug te vinden over het DSO zelf. De ministeriële regelingen zijn nog niet gepubliceerd.

51 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 48-49.

Het DSO is een belangrijk hulpmiddel voor de uitvoering van de Omgevingswet. De informatie die wordt gepresenteerd zal dan ook moeten voldoen aan kwaliteitsmaatstaven. Deze informatie treedt echter niet in de plaats van geldende regels of van besluiten van het bevoegd gezag. Zo zal bijvoorbeeld de uitkomst van een vragenboom ter oriëntatie op vergunningplichten, de geldende regelgeving niet vervangen. Bij het presenteren van informatie via de landelijke voorziening zal de gebruiker uiteraard worden geïnformeerd over de rechten die aan de informatie kunnen worden ontleend.

Deze opmerkingen zouden enigszins verwarrend kunnen zijn. Immers, het lijkt logisch dat een vragenboom niet in de plaats treedt van regelgeving. Tegelijk wordt hier een spanningsveld zichtbaar tussen het streven naar maximaal gebruiksgemak van een betrouwbare beslisboom enerzijds en het besef dat een beslisboom nooit in elke (complexe) casus met 100% zekerheid uitsluitsel zal kunnen geven over het al dan niet bestaan van een vergunningplicht. Van informatie van andere aard, informatie over bijvoorbeeld omgevingsplannen en vergunningen, mag uiteraard worden aangenomen dat deze uitermate zorgvuldig wordt gecheckt voordat het in het DSO terecht komt en dat iedereen er van uit mag gaan dat die informatie klopt. Te meer nu deze informatie wordt vrijgegeven door de overheid en zij geacht mag worden in haar communicatie met burgers zorgvuldig, en idealiter, correct, te zijn.

Art. 20.27 Ow gaat over kwaliteitsborging van de informatie, waarover bij AMVB nadere regels kunnen worden gesteld.<sup>52</sup> Daar waar de MvT spreekt over de kwaliteitszorg die op het systeem en de informatie moet worden toegepast, is de tekst veelal wat wollig<sup>53</sup> en weinig concreet, zo gaat het in die MvT over kwaliteitseisen aan de informatie zelf maar ook aan validatiemechanismen voor de zogenaamde ‘koppelvlakken’. Dit laatste lijkt vooral te zien op een incidentele toets gericht op het proces gericht op het opnemen en ontsluiten van informatie.<sup>54</sup> Ook de passages die zien op het voorkomen van feitelijk onjuiste informatie, lijken meer gericht op processen die zien op het melden van onjuiste informatie. Zo zal de landelijke voorziening (het landelijk deel van het DSO) ook “technisch kunnen gaan voorzien in een mogelijkheid tot terugmelding wanneer een bepaalde gebruiker meent dat specifieke informatie niet juist is.” Dit klinkt allemaal vrij beleidsmatig en voor de jurist weinig concreet.

De MvT spreekt enkel van toezicht op het stelsel en de taakuitoefening in het kader van de DSO. Niet over toezicht op mogelijke borgingsmechanismen om de kwaliteit van de informatie in het DSO te toetsen.<sup>55</sup> Het valt te hopen dat de nog te verwachten ministeriële regelingen hier duidelijkheid over gaan bieden. Hoe die betrouwbaarheid

---

52 Art. 20.26 lid 1 Ow: Bij algemene maatregel van bestuur kan informatie worden aangewezen die beschikbaar wordt gesteld voor ontsluiting via de landelijke voorziening, bedoeld in artikel 20.21. Daarbij wordt bepaald door en aan welke bestuursorganen of rechtspersonen die informatie beschikbaar wordt gesteld.

53 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 49-50.

54 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 49-50: Met validatie wordt in dit verband de geautomatiseerde toets van informatie op bepaalde, vooral technische kwaliteitsaspecten door een opvolgende schakel in de keten bedoeld. Deze validatie kan ervoor zorgen dat de informatie die ontsloten wordt aan bepaalde technische kwaliteitseisen voldoet. Zie ook p. 320 van de MvT.

55 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 p. 49-50: ‘Voor het toezicht op de taakuitoefening in het kader van het DSO voorziet het voorstel in concentratie van generiek interbestuurlijk toezicht.’ Over het beheer van het DSO gaan de pagina’s 53-53.

van niet alleen het systeem, maar vooral ook van de informatie, te borgen, is bij een grootscheepse operatie als het DSO de belangrijkste vraag. Met name met het oog op de taak die bij de overheid ligt op grond van afdeling 2.3 Awb, maar ook met het oog op het vertrouwensbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel. Daarnaast zal, zoals reeds opgemerkt, door veel partijen worden voortgebouwd op de informatie in het DSO, en zal de inhoud en toegankelijkheid van het DSO van invloed zijn op de vraag of sprake is van een kenbare publiekrechtelijke beperking in de zin van art. 7:15 BW.

## **8 Slot**

Zowel het toenemend gebruik van BIM als het invoeren van het DSO zijn het gevolg van een maatschappelijke ontwikkeling van steeds verdergaande digitalisering die ook het bouwrecht in zijn volle breedte raakt. De digitalisering in het omgevingsrecht enerzijds en in het privaatrechtelijke bouwrecht anderzijds vertonen zowel overeenkomsten als verschillen. Zowel de ontwikkelingen in het privaatrechtelijke als het publiekrechtelijke veld laten dezelfde aandachtspunten zien: complexe IT-systemen die vragen om betrouwbaarheid van informatie en de systemen zelf, volledigheid, actualiteit en herleidbaarheid van informatie en veelal ook de mogelijkheid vertrouwelijk informatie uit te wisselen. In het privaatrecht kunnen bij het werken met BIM de oplossingen voor het gevaar van een gebrek aan betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van informatie, in het contractenrecht worden gevonden, in het bijzonder in informatieplichten, waarschuwingsplichten en aansprakelijkheden. In het publiekrecht zullen andere borgingsystemen tot betrouwbare informatie moeten leiden, zo zal informatie regelmatig en structureel moeten worden gecontroleerd op juistheid. Die borging is in het publiekrecht des te belangrijker nu aan de overheid zware eisen mogen worden gesteld ten aanzien van digitaal berichtenverkeer. Het belang van de digitalisering en borging van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid zal bij invoering van de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen alleen maar toenemen, nu in die gevallen Informatie uit BIM in het DSO kan worden opgenomen en informatie uit het DSO in BIM kan worden verwerkt. De afhankelijkheid van correcte informatie neemt dan toe. De Wet Kwaliteitsborging kan met daarmee een schakel kunnen vormen tussen beide systemen.



# De verdere evolutie van de New Engineering Contract: Engineering and Construction Contract (NEC4 ECC)

Inspiratie voor de Nederlandse bouwpraktijk

Mr. A.M.B. (Andrea) Chao

## 1 Inleiding<sup>1</sup>

In 2017 is een set van contracten onder de naam 'New Engineering Contract 4 (NEC4)' gepubliceerd door het *Institution of Civil Engineers (ICE)*: een vernieuwing van de bestaande NEC3 contracten die dateerden uit 2013.

De New Engineering Contracten zijn een suite van contracten die zich kenmerken door een innovatieve benadering van bouwcontracten. Het innovatieve ziet onder meer op gerichtheid op goed projectmanagement, het beschikbaar stellen van een integrale set van op elkaar afgestemde contracten (met afzonderlijke contracten voor de diverse actoren bij een bouwproject), flexibiliteit en 'eenvoudigere en minder juridische bewoordingen'.<sup>2</sup>

In 2017 is de NEC4 aangevuld met een nieuw *Design, Build and Operate Contract*. In 2018 volgde een nadere aanvulling op de NEC4 set, met een alliantie contract. Dit zijn interessante en principiële aanvullingen op de oorspronkelijke eerdere NEC3 set. Desondans spreekt het ICE van evolutie, en niet van een revolutie: '*It was to be evolution, not revolution*'<sup>3</sup>

Net als de voorganger, wordt ook NEC4 gekenmerkt door een grote ambitie om een innovatieve benadering te hanteren ten aanzien van het contracteren bij bouwprojecten:

*"NEC has played a part in helping the industry do things differently and better. It has done so by introducing effective project management procedures into the contract itself. These*

---

1 Voor de totstandkoming van deze bijdrage is de auteur dank verschuldigd aan Nathalie Steurrijs (professional support lawyer bij Simmons & Simmons LLP).

2 A.M.B. Chao, 'Een kennismaking met het New Engineering Contract: Engineering and Construction Contracts (NEC3 ECC)', in: M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly en E.J. Blom (red.), *Van het gebaande pad. Opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassenauer*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016, p. 2-3.

3 P. VII NEC4 ECC.



*require pro-active management of risk and change, and the day-to-day use of an up-to-date programme. The range of pricing options has given Clients flexibility in the allocation of risk and the ability to share risk and manage it, collaboratively.”*

En:

*“NEC has always been known for its innovative approach to contract management, and this revision continues that approach. No other contract suite has had such a transformative effect on the built environment industry as NEC. It has put the collaborative sharing of risk and reward at the heart of modern procurement. It is also unique in providing a complete, back-to back procurement solution for all works, services and supplies in any sector and any country.*

*NEC4 continues to set the benchmark for best practice procurement worldwide.”<sup>4</sup>*

Mede gezien het in mei 2019 openbaar gemaakte zgn. McKinsey rapport voor Rijkswaterstaat, waarin herhaaldelijk gesproken wordt over een ‘samenwerkingsrelatie’,<sup>5</sup> kan de NEC4 een actuele bron van inspiratie zijn als het gaat om collaboratief contracteren in de bouw.<sup>6</sup>

In 2016 heb ik een bijdrage geschreven over het *Engineering and Construction Contract* (NEC3 ECC).<sup>7</sup> In deze bijdrage worden de verschillen tussen NEC3 en NEC4 onder de loep genomen. Eerst zal ik op hoofdlijnen de belangrijkste wijzigingen tussen de NEC3 en de NEC4 benoemen, daarna wordt in meer detail ingegaan op de NEC4 ECC, met als uiteindelijke doel om na te gaan of de wijzigingen wellicht ook van nut kunnen zijn voor de Nederlandse bouwpraktijk.

## 2 Wijzigingen in de inhoud van de NEC3 en de NEC4

De belangrijkste wijzigingen in de inhoud van de NEC3 suite en NEC 4 suite als geheel is dat de NEC4 suite diverse nieuwe contract modellen dekt: een *Design, Build and Operate Contract*, een *Multi Party Alliance Contract* (alliantie contract) en diverse onderaannemingscontracten om de ketensamenwerking te bevorderen.<sup>8</sup>

### *Design, Build and Operate (DBO) Contract*

Dit model contract omvat naast het ontwerp en de uitvoering van een bouwproject, ook de exploitatie en/of het onderhoud ervan. Het voordeel hiervan is dat toekomstgericht bouwen gestimuleerd wordt, inhoudende dat ontwerp- en uitvoeringskeuzes gemaakt worden met inachtneming van de kosten gedurende een langere periode dan slechts

---

4 P. VII NEC4 ECC.

5 Voluit: Rijkswaterstaat, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, *Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector*, mei 2019, p. 21 en 34. Vanwege de betrokkenheid van consultancy firm McKinsey heet het rapport in de wandelgangen ‘McKinsey rapport’.

6 Zeker als dit contract zich in de voorhoede bevindt van collaboratief contracteren, zoals geconcludeerd door: N. Downing, D. Nitek & M. Mendelblat, ‘NEC4 – still at the edge of collaborative contracting’, *International Construction Law Review* 2017, p. 330.

7 Hoewel deze bijdrage losstaand gelezen kan worden, wordt aanbevolen voor een compleet overzicht de bijdrage te lezen in combinatie met Chao 2016, p. 1 - 25.

8 P. VII NEC4 ECC.

de bouwperiode. Naast het contract zelf bevat de NEC4 suite ook een uitvoerige handleiding over het voorbereiden van een DBO contract, evenals de uitvoering van het management van een DBO contract.

Kijkend naar vergelijkbare publiekelijk beschikbare contracten binnen de Nederlandse bouwpraktijk, dan ligt een vergelijking met de Uniforme Administratieve Voorwaarden-Geïntegreerde Contracten 2005 (UAV-GC 2005) en het rijksbrede DBFM(O) (*design, build, finance, maintain (and operate)*) 5.0 model uit 2018 voor de hand. De UAV-GC 2005 kent in paragraaf 29 een bepaling over meerjarig onderhoud, terwijl het DBFM(O) 5.0 model in de complete opzet rekening houdt met onderhoud en eventueel exploitatie. Kenmerkend aan het NEC4 DBO contract is onder meer de wijze waarop het contract niet spreekt over een aanneemsom en vervolgens een vergoeding voor het onderhoud, maar spreekt van een *service* die gedurende de looptijd van het DBO contract geleverd moet worden, waarbij het in beginsel aan de aannemer is om te bepalen wanneer hij (gedurende de looptijd van het contract) het werk tot stand brengt en het onderhoud uitvoert. Op deze punten is het NEC4 DBO contract vergelijkbaar met het DBFM(O) 5.0 model.

Dat gezegd hebbende is een belangrijk verschil dat het DBFM(O) 5.0 model diverse bepalingen bevat omtrent externe financiering, zoals het uitvoerige artikel 3 ('financiering'), waarmee de opdrachtnemer de benodigde financiering verkrijgt om de periode te kunnen overbruggen dat hij wel kosten heeft moeten maken om de benodigde bouwwerkzaamheden uit te voeren, maar deze kosten nog niet heeft terugverdiend via het ontvangen van 'Beschikbaarheidsvergoeding'. Het NEC4 DBO contract voorziet opmerkelijk genoeg niet in een dergelijke bepaling, waardoor het onduidelijk is hoe de aannemer de periode moet overbruggen dat hij al wel kosten heeft gemaakt, maar deze kosten nog niet heeft terugverdiend (tenzij partijen onder het NEC4 DBO contract overeenkomen dat de vergoeding die de aannemer ontvangt zijn kosten in hoogte en planning nauwgezet volgt).

#### *Alliance Contract (ALC)*

Het model alliantie contract is een meerpartijen-overeenkomst, waarbij de partijen samenwerken om nader te beschrijven doelen te bewerkstelligen. Daarbij delen deze partijen in zowel de winsten als risico's, waardoor de belangen van deze partijen zoveel mogelijk gelijkgeschakeld zijn. Naast de opdrachtgever (*client*) kent dit contract als partijen *partners*, die nader te identificeren zijn. Het ligt daarbij voor de hand dat in ieder geval een uitvoerende partij deelneemt aan de alliantie.

In aanvulling op het contract zelf bevat de NEC4 suite ook een uitvoerige handleiding over het voorbereiden van een alliantie contract, het opstellen van een aanbestedings- en contracteringsstrategie, het selecteren van een aannemer en de uitvoering van het management van een alliantie contract.

De toegevoegde waarde van dit contract voor de Nederlandse praktijk bestaat er alleen al in dat hiermee opnieuw een publiekelijk beschikbaar model is verschenen voor een al-

liantiecontract, waar we zo'n model in Nederland nog niet kennen.<sup>9</sup> Dat kan helpen bij het vervolgen van het onderzoek naar het gebruik van allianties, waartoe het McKinsey rapport oproept.<sup>10</sup>

### 3 Materiële verschillen tussen het NEC3 ECC en NEC4 ECC model contract voor de Nederlandse gebruiker

De NEC4 ECC kent een aantal materiële verschillen ten opzichte van de NEC3 ECC die voor een gebruiker in een Nederlandse context interessant en mogelijk relevant zijn.<sup>11</sup>

#### 3.1 Tegengaan van omkoping

Aan de NEC 4 ECC is toegevoegd dat de aannemer geen *corrupt act* mag begaan, en maatregelen moet treffen om zulke handelingen vanuit onderaannemers of leveranciers tegen te gaan, aldus artikel 18. Een soortgelijke verplichting is opmerkelijk genoeg niet opgenomen ten aanzien van zijn eigen organisatie.<sup>12</sup>

In artikel 11.2 van de NEC 4 ECC is de definitie van een *corrupt act* toegevoegd. Deze definitie houdt, samengevat, in het geven, organiseren en/of beloven van een beloning in ruil voor een handeling die illegaal, onethisch of een schending van vertrouwen is, of misbruik van bevoegdheden voor persoonlijk belang. Een *corrupt act* omvat onder meer een commissie die betaald wordt als een beloning, die niet aan de opdrachtgever bekend is gemaakt voordat het contract is aangegaan. Het voorgenoemde artikel bepaalt niet wie de ontvanger zou zijn van een dergelijke beloning.

Het gevolg van een *corrupt act* is dat de opdrachtgever de overeenkomst mag beëindigen, tenzij deze is begaan door een onderaannemer of leverancier, en de aannemer hier niet bekend mee was (noch had moeten zijn), of hij de project manager (in dienst van de opdrachtgever) hierover heeft geïnformeerd en maatregelen heeft getroffen zodra hij hiervan op de hoogte is geraakt (art. 91.8).

Een soortgelijke bepaling komt in de hier te lande gebruikte algemene voorwaarden niet voor.

---

9 Naast de modellen 'Term Alliance Contract' en 'Framework Alliance Contract' vanuit de King's College London Centre of Construction Law, die beschikbaar zijn via [www.allianceforms.co.uk](http://www.allianceforms.co.uk).

10 Rijkswaterstaat mei 2019, p. 41.

11 Er zijn ook tekstuele wijzigingen, die ik laat voor wat ze zijn. Een ervan noem ik wel. ICE heeft ervoor gekozen heeft om alle verwijzingen 'gender' neutraal te maken, zoals onder meer is geobserveerd door B. Eggleston, *The NEC4 Engineering and Construction Contract: a Commentary*, Groot-Brittannië: Wiley Blackwell 2019, p. 11-12, die in algemene zin de aanpassingen aan de ECC ziet als een verbetering.

12 Eggleston 2019, p. 123.

### 3.2 Van risico register naar *early warning* register

Een van de kenmerken van de NEC suite die door de jaren heen gehandhaafd is, is de toepassing van het *early warning* concept. Dit concept beoogt om partijen te stimuleren zo snel mogelijk (potentiële) situaties te laten signaleren die een negatieve impact kunnen hebben op een project. Het doel hiervan is om partijen in staat te stellen bijtijds mitigerende maatregelen te treffen om de negatieve impact van zulke situaties tegen te kunnen gaan of in ieder geval te beperken. In een Nederlandse context zou wellicht ook gesproken kunnen worden van vroegtijdige waarschuwing.

Dit concept is nu nader uitgewerkt door ook een *early warning register* op te nemen in het ECC, ter vervanging van het in het NEC3 opgenomen *risk register* (zie artikel 15.4). Dit heeft ook geleid tot toevoeging aan het contract van daarbij passende organisatorische stappen, zoals onder meer in artikel 15.4 uiteengezet, waarop nu kort wordt ingegaan.

Zodra de aannemer of de project manager bekend wordt met een situatie, die consequenties kan hebben voor de prijs van het werk, de planning of de prestaties van reeds in gebruik genomen werk, informeert hij daar de ander over, aldus artikel 15.1. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het risico dat de bodemgesteldheid op specifieke onderdelen afwijkt van hetgeen oorspronkelijk tussen partijen bekend was, en waarop de planning en aanneemsom zijn gebaseerd.

Deze situatie wordt vervolgens toegevoegd aan het *early warning register*, waarvan de project manager de eerste versie opstelt. De Project manager stuurt dit register kort na aanvang van het project toe aan de aannemer, waarna de eerste *early warning meeting* plaats zal vinden aldus artikel 15.2. Opvolgende *early warning meetings* zullen plaatsvinden indien de project manager of de aannemer de ander daartoe instrueert. Een van de belangrijke aanpassingen aan het NEC4 contract is dat een onderaannemer ook zo'n overleg zal bijwonen, indien zijn aanwezigheid helpt om te bepalen welke acties genomen moeten worden (hetgeen het belang van ketensamenwerking onderstreept) (artikel 15.3). Elk van de aanwezigen die bij zo'n overleg aanwezig is zal moeten samenwerken om voorstellen te maken en te overwegen om zodoende de effecten te beperken of te voorkomen van de onderwerpen die zijn genoemd in het *Early Warning Register* (artikel 15.3).<sup>13</sup> Of te wel, in het geval van het eerder aangehaalde voorbeeld, zullen partijen gezamenlijk nagaan hoe zij de gevolgen van het risico op het afwijken van de bodemgesteldheid kunnen mitigeren en wie welke actie moet ondernemen (zoals bijvoorbeeld het uitvoeren van nadere onderzoeken om zekerheid te verkrijgen, danwel het aanpassen van het ontwerp etcetera). Ook moeten zulke aanwezigen helpen bij het vinden van oplossingen, nemen van beslissingen omtrent acties, nemen van beslissingen omtrent het verwijderen van onderwerpen uit het *Early Warning Register* en het (her) beoordelen van de acties die zijn opgenomen in dit register (aldus artikel 15.4) (in het eerder genoemde voorbeeld: als bijvoorbeeld nieuwe informatie is verkregen omtrent de bodemgesteldheid).

---

13 Opmerkelijk is dat deze bepaling zo is opgesteld dat deze voorziet in verplichtingen die gelden voor de aanwezigen, die niet perse allen ook partij zijn bij de ECC overeenkomst, zoals ook is opgemerkt door Eggleston 2019, p. 120.

Indien de aannemer deze *early warning* verplichting niet nakomt om een situatie te melden die een negatieve impact kan hebben op het project, kan dat gevolgen hebben voor zijn recht op vergoeding bij zo'n situatie, aldus artikel 61.5 en artikel 63.7. De aannemer is dan slechts gerechtigd tot een vergoeding van de kosten die hij had gemaakt indien hij eerder aan de bel had getrokken (en de opdrachtgever dus (eerder) voor een kostenefficiëntere oplossing had kunnen kiezen).<sup>14</sup> Ondanks het toch wel strenge karakter van deze regeling, benadrukken de opstellers ervan dat deze regeling primair bedoeld is om de samenwerking te verbeteren en niet gericht is op het kunnen opbouwen van vorderingen richting de aannemer.<sup>15</sup>

### 3.3 Wijziging voorgesteld door de aannemer

Het nieuwe artikel 16 bevat een regeling voor het geval de aannemer een wijziging voorstelt aan de omvang van het werk, met als doel om de totale aanneemsom te reduceren die de opdrachtgever moet betalen. Indien partijen kiezen om optie X21 (een optionele contractsbepaling die ziet op *life cycle costing*<sup>16</sup>) op te nemen, dan wordt deze mogelijkheid benaderd vanuit de exploitatie- en gebruikskosten van het project. Afhankelijk van het beprijzingsmechanisme waarvoor de opdrachtgever kiest, ontvangt de aannemer een deel van de besparingen die de opdrachtgever realiseert als gevolg van het voorstel van de aannemer in artikelen 63.12 danwel 63.13 juncto artikel 63.4. De NEC4 ECC geeft daarbij niet aan hoe om wordt gegaan met een impact op de planning. Deze regeling geldt niet ingeval gekozen is voor prijsoptie E (*cost reimbursable contract*, een regie contract) of voor prijsoptie F (*management contract*, waarbij de aannemer een management fee ontvangt).

### 3.4 Geval van vergoeding voor bepaalde offtekosten

De NEC4 ECC bevat in artikel 60.1 onder 20 een nieuw geval van vergoeding te betalen door de opdrachtgever voor de kosten die een aannemer maakt indien de project manager hem vraagt op grond van artikel 65 een kosteninschatting te geven voor een mogelijke wijziging aan het werk, tot welke wijziging uiteindelijk geen opdracht wordt gegeven.

Deze bepaling lijkt zeer de moeite waard om over te nemen bij Nederlandse bouwprojecten. Hiermee zullen kosteninschattingen voor wijzigingen meer inzicht verschaffen in de opbouw van de kosten. Ook is het terecht dat de aannemer een vergoeding krijgt voor de (regelmatig niet geringe) kosten die hij moet maken in relatie tot het opstellen van offertes voor aanpassingen.

### 3.5 Automatische acceptatie van voorstellen

De NEC3 ECC kende een systematiek die inhield dat indien de project manager niet binnen de overeengekomen tijd, en na een herinnering daartoe, reageert op een mededeling omtrent een geval van vergoeding (*compensation event*) (artikel 61.4),

---

14 Deze en de vorige twee paragrafen zijn grotendeels letterlijk overgenomen uit: Chao 2016, p. 6.

15 Downing, Nitek & Mendelblat 2017, p. 332.

16 Zijnde het benaderen van de kosten van een project over de hele levensduur daarvan, waaronder bouw, maar ook exploitatie- en gebruikskosten, en dus niet slechts de bouwkosten.

een offerte (artikel 62.6) of een voorgestelde optie (artikel 64.4), er sprake was van automatische acceptatie van zo'n geval van vergoeding, offerte danwel optie.

NEC4 vult deze regeling aan. Het voornoemde automatisme van NEC3 ECC geldt nu ook bij de goedkeuring van het programma (zijnde een overzicht waarin tot in een vrij hoge mate van detail de planning staat weergegeven) (artikel 31.3), bij de vaststelling van de totale uiteindelijke aanneemsom (artikel 50.3) en bij de vaststelling van bepaalde prijselementen (artikel 50.9 bij prijsopties C (*target contract with activity schedule*, vergoeding op basis van een schema van activiteiten), D (*target contract with bill of quantities*, vergoeding op basis van een schema van een hoeveelheden staat) en E (*cost reimbursable contract*, vergoeding op basis van regie).

In de praktijk verdient het aanbeveling om hierbij afspraken te maken inzake de kwaliteit van zowel de voorstellen als de afwijzing daarvan. Immers, anders werkt een dergelijke systematiek omtrent automatische acceptatie van voorstellen in de hand dat partijen wellicht voorstellen doen die onder de maat zijn, of voorstellen ongemotiveerd afwijzen om maar te ontkomen aan de automatische acceptatie.

### 3.6 **Bouwteam als optie met een vernieuwende benadering**

De betrokkenheid van de aannemer tijdens het ontwerpproces is opgenomen als mogelijkheid in artikel X22 bij prijsopties C (*target contract with activity schedule*, vergoeding op basis van een schema van activiteiten) en E (*cost reimbursable contract*, vergoeding op basis van regie)).<sup>17</sup> Dit wordt ook wel *Early Contractor Involvement* genoemd, wat in een Nederlandse context ook wel bouwteam, en in het McKinsey rapport ook wel 'twee-fasen samenwerking', wordt genoemd. Dit artikel X22 is een optioneel additioneel artikel bij de NEC4 ECC, waartoe partijen kunnen besluiten. Hoewel dit artikel vrij uitgebreid is, is dit geen losstaand contract, zoals bouwteamovereenkomsten dat in de Nederlandse context vaak wel zijn.

Het vernieuwende, ook voor de Nederlandse bouwpraktijk, van NEC4 ECC met betrekking tot dit onderwerp is dat de aannemer een vergoeding ontvangt ter hoogte van een percentage van de daadwerkelijk gerealiseerde besparingen aan de zijde van de opdrachtgever. Dat geldt overigens alleen als de aannemer ook na de ontwerpfase nog betrokken blijft: indien de aannemer niet betrokken wordt tijdens de uitvoeringsfase heeft dat niet te gelden als een geval van vergoeding aldus artikel X22.5 lid 2.

### 3.7 **Conclusie**

De NEC4 bevat een aantal wijzigingen die ter inspiratie kunnen dienen voor de Nederlandse bouwpraktijk: het model alliantiecontract opgenomen, evenals een model contract dat naast ontwerp en bouw ook onderhoud en/of exploitatie omvat. Een model alliantiecontract is in de Nederlandse bouwpraktijk nog niet beschikbaar, dus alleen al om die enkele reden van toegevoegde waarde voor de ontwikkeling van de rechtspraktijk.

<sup>17</sup> Deze mogelijkheid was eerder reeds een supplement bij de NEC3 suite, en nu opgenomen als optie bij NEC4 ECC, aldus: Downing, Nitek& Mendelblat 2017, p. 347.

Daarnaast kent het *Engineering and Construction Contract* bij de NEC4 een aantal wijzigingen die bij Nederlandse projecten interessant kunnen zijn, waaronder expliciete bepalingen om omkoping tegen te gaan, een bredere benadering om situaties die een project op welke wijze dan ook in gevaar kunnen brengen gedurende de looptijd van het contract te kunnen identificeren en mitigeren, een systematiek om aannemers te stimuleren maatregelen voor te stellen die kunnen leiden tot besparingen, vergoeding voor offertekosten tijdens de looptijd van een bouwcontract (indien zo'n offerte niet aanvaard wordt), automatische acceptatie van voorstellen na verloop van tijd en de introductie van bouwteam met een vernieuwende benadering.

Er is dan ook voldoende reden om de NEC4 suite, en in het bijzonder het gewijzigde ECC contract, te bestuderen ter inspiratie bij nieuwe projecten.

De auteur heeft Jan leren kennen als lid van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht. In de uitoefening van zijn rol daarbij kenmerkte Jan zich als iemand met een groot gevoel voor humor en relativering. Ook viel zijn belangstelling voor het bouwrecht in de breedste zin, dus breder dan slechts zijn eigen bestuursrechtelijke vakgebied, op.

# Bouwen toen en nu

## De eeuwige zoektocht naar de juiste verhoudingen tussen opdrachtgever en opdrachtnemers

*Prof. mr. M.A.B. (Monika) Chao-Duivis*

### 1 Inleiding

Het recht is geen statische aangelegenheid en dat geldt ook voor het bouwrecht. Toch lijkt er niet te ontkomen aan het feit dat de regeling van verhoudingen zelden helemaal nieuw is. Thema's als vertrouwen, controle, vrijlaten en samenwerking en hoe deze juridisch (deze bijdrage is beperkt tot het privaatrecht) vast te leggen, blijken van alle tijden. In deze bijdrage sta ik stil bij kenmerkende ontwikkelingen rond deze thema's in de laatste twintig jaar (par. 2). In par. 3 wordt teruggeblikt op de late Middeleeuwen. Gezien de toegelaten omvang van deze bijdrage gaat het slechts om een verkenning. De laatste woorden zijn gewijd aan Jan Struiksma.

### 2 Van 1997 tot midden 2019

Ik begin deze bijdrage met een inleiding, waarin kort m.i. kenmerkende ontwikkelingen van de laatste twintig jaar worden geschetst in de privaatrechtelijke bouwwereld.<sup>1</sup> De rollen van opdrachtgever en opdrachtnemer staan centraal. De periode is in zekere zin ingegeven door willekeur, namelijk doordat ik in 1997 aantrad als directeur van het Instituut voor Bouwrecht, maar in deze periode vonden toevalligerwijze interessante ontwikkelingen plaats.

In 2000 zag het boek *Veranderende rollen*, een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht het licht.<sup>2</sup> De tendens op dat moment was, dat opdrachtgevers terugtrekkende bewegingen maakten betreffende hun actieve betrokkenheid bij het totstandkomen van bouwprojecten. Het was de tijd van de ontwikkeling van de geïntegreerde contractvorm in verschillende varianten, waarbij de rol van de opdrachtgever in de meest extreme vorm beperkt was tot het verstrekken van een opdracht en waarbij zelfs financiering, onderhoud en beheer van het gerealiseerde bouwwerk aan marktpartijen

---

1 De laatste twintig jaar dekken de periode sinds ik aantrad als directeur van het Instituut. In die periode kreeg een van de belangrijkste ontwikkelingen, waartoe de aanzet was gegeven in de jaren tachtig van de vorige eeuw, zijn formele beslag: de totstandkoming van de UAV-GC 2000/2005.

2 Het boek is van de hand van A.Z.R. Koning en ondergetekende, gepubliceerd in de reeks *Bouwrecht Monografieën*, Kluwer, Deventer, 2001.



werd gelaten. De markt zou dat beter, efficiënter kunnen doen. De slogan werd: 'de markt, tenzij...'.<sup>3</sup>

Er was vertrouwen dat dit de bouwproductie en de verhoudingen ten goede zou komen. Dat vertrouwen kreeg een ernstige deuk door bouwfraude die aan het licht kwam in 2001. Dit leidde vooral tot aanpassingen van de aanbestedingspraktijk en niet tot aanpassingen in de contractuele praktijk, waar het gebruik van de geïntegreerde contracten bleef toenemen. Maar goed waren de onderlinge verhoudingen lange tijd niet. Dat trok aandacht en men is gaan proberen om aan die verhoudingen wat te gaan doen.

Dit uitte zich o.a. in de onderzoekswereld. Veel dissertaties, scripties en andere publicaties hebben in de afgelopen jaren als centraal thema gehad vertrouwen/komen tot goede verhoudingen.<sup>4</sup> Het belang van goede verhoudingen en vertrouwen wordt in het algemeen gezien als iets dat bevorderlijk is voor de voortgang van een bouwproject, wat uiteindelijk aan opdrachtgever en opdrachtnemer ten goede komt.

De grote belangstelling voor dit thema heeft zijn weg gevonden naar de Marktvisie, gepubliceerd in 2015.<sup>5</sup> Het doel van de Marktvisie is volgens de considerans: 'Deze visie maakt helder welke volgende stap we met alle betrokken ketenpartners willen zetten om de bouwsector beter te maken.'<sup>6</sup> Deze ambitie vraagt van de deelnemers/ondertekenaars van de Marktvisie, zo wordt vervolgd in het document, o.a. wat in punt 6 onder het kopje 'Goede Samenwerking' is opgenomen: 'Respectvolle verhoudingen - We creëren continu een setting voor een echte dialoog. We leven ons in en houden rekening met elkaars rol en positie. We handelen vanuit gelijkwaardigheid in de relatie. We zijn zuinig op de mensen die in onze sector (willen) werken.'<sup>7</sup>

---

3 Ondernemingsplan Rijkswaterstaat, 2004, <http://publicaties.minienm.nl/documenten/ondernemingsplan-een-nieuw-perspectief-voor-rijkswaterstaat-door>, laatstelijk geraadpleegd 25 april 2019.

4 Zie voor scripties, waar, aan de hand van empirisch onderzoek, gekomen wordt tot suggesties om anders met elkaar om te gaan, o.a. de repository van de bibliotheek van de TU Delft. Enkele voorbeelden: G. ten Hoeve: Improving collaboration between client and contractor in integrated contracts in the Dutch construction sector: A study into the possibilities and opportunities of the NEC4 ECC contract and Project DOEN to improve collaboration between client and contractor in integrated contracts in the Dutch construction sector (november 2019, <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3A7f5a20-53b7-4237-be67-67a6ea793502?collection=education>), L. Cheung, Research into the influence of mutual trust between the Client and the Contractor on the efficiency and the effectiveness of the change management process for complex D&B infrastructure projects using the UAC-IC 2005 (mei 2015, <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3A48872d15-6bf4-4330-99df-0dc0ef8d519b?collection=education>), S. Vis, A study on the feasibility of co-creation between client and contractor in the infrastructure sector (maart 2015, <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3Aba67eaf8-761b-4fe5-87f9-a30e0a8111e2?collection=education>), B.J.M. Gaasenbeek, Roles and Governance in Dutch Office Conversion Projects: Exploring the collaboration between project actors (oktober 2016, <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3A92edd956-ad3e-4170-8673-40f845a73a32?collection=education>). De repository is laatstelijk geraadpleegd op 6 april 2019. Zie voorts M. Suprpto, Collaborative contracting in projects, diss. TU Delft 2016, <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3A8081fd15-7e16-4a05-bd6a-152c8fee2f94?collection=research>, laatstelijk geraadpleegd 25 april 2019; A.G.J. van Wassenae, A practical guide to successful construction projects, Informa Law Routledge, 2017, Abingdon.

5 Zie voor de Marktvisie <https://www.marktvisie.nu/downloads/>, laatstelijk geraadpleegd op 6 april 2019.

6 Ibid.

7 Ibid.

Terwijl de Marktvisie tot stand kwam, werd ook gewerkt aan de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen (WKb) als uitvloeisel van het rapport 'Privaat wat kan, publiek wat moet', dat als ondertitel had: 'Vertrouwen en Verantwoordelijkheid in het Bouwproces'.<sup>8</sup> Een centrale passage in het rapport luidt als volgt: 'De commissie stelt bij het invullen van haar opdracht twee begrippen centraal: vertrouwen en verantwoordelijkheid van de private en publieke sector. De overheid moet vertrouwen kunnen hebben in de kwaliteit, die de bouwpraktijk kan en wil leveren. Daar staat tegenover dat de bouwpraktijk dat vertrouwen moet waarmaken en dus daadwerkelijk de verantwoordelijkheid hiervoor draagt. Van de bouwpraktijk mag worden gevraagd dat men die verantwoordelijkheid wil en kan waarmaken. Voor de overheid betekent dit dat zij niet op de stoel van de ondernemer moet gaan zitten en vooral kaderstellend moet zijn.'<sup>9</sup> In de WKb is dit uitgewerkt o.a. leidende tot ingrijpende voorstellen betreffende de controlefunctie van gemeenten (Bouw- en Woning Toezicht) en een wijziging van de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering, zoals geregeld in art. 7:758 BW.<sup>10</sup> De publiekrechtelijk terugtrekking van het bevoegd gezag in zijn controlefunctie voor de bouwactiviteiten betekent als zodanig niet dat controle op bouwende partijen verdwijnt, maar dat dit vooral een kwestie wordt van de privaatrechtelijke verhouding tussen contract partijen. Samengevat is het idee vooral dat het de uitvoerende partij is die zich zelf moet controleren. Daar wordt deze dan in gecontroleerd door een door de vergunninghouder (lees: de opdrachtgever) aangestelde kwaliteitsborger. Deze kijkt echter vooral naar de kwaliteitsborging van de aannemer. De nadruk daarbij ligt dus niet op de 'fysieke controle' in de zin van controle van het te realiseren/gerealiseerde product van de werkzaamheden (het gebouw). Dat betekent een grotere eigen verantwoordelijkheid van de bouwende partijen en het voorgestelde gewijzigde aansprakelijkheidsregime van art. 7:758 BW wordt geacht daar het noodzakelijke sluitstuk van te zijn.

Tot slot een recent bericht uit de Cobouw, gepubliceerd op 28 februari 2019: 'Wie wil er nog een groot project: "Rijkswaterstaat moet ingrijpen op gww-markt"'.<sup>11</sup> In dat artikel wordt opgemerkt: 'Opvallend is het voorstel om *nieuwe contractvormen* (cursivering door mij toegevoegd) te introduceren, zoals de alliantie en het twee-fasen-proces. Bij die laatste variant wordt het ontwerp losgeknipt van de uitvoering en werken opdrachtgever en markt samen een optimaal ontwerp uit. In dat geval zijn de risico's voor de uitvoering veel duidelijker en is het niet per se noodzakelijk om daarvoor met dezelfde bouwpartij in zee te gaan'. De alliantie werd als model al beschreven in het genoemde boek *Veranderende rollen in 2000* en is dus geen nieuwe contractvorm te noemen. Maar wat echt opvallend is, is dat ook het twee-fasen-proces een nieuwe contractvorm wordt genoemd. Dit is gewoon het zogenaamde traditionele contractmodel, waarvoor sinds jaar en dag de UAV (met zijn voorlopers) en de DNR (met zijn voorlopers) gezamenlijk tekenen.

8 Het rapport dateert uit 2008. Te downloaden van <http://www.instituutbouwkwaliteit.nl/docs/bestanden/Commissie%20Dekker%20Privaat%20wat%20kan%20publiek%20wat%20moet.pdf>; laatstelijk geraadpleegd op 6 april 2019.

9 Ibid., p. 9.

10 Voor een overzicht van alle wetgevingsstukken (34.453) en de vele publicaties waartoe het wetsvoorstel aanleiding heeft gegeven, volsta ik met verwijzing naar de website [www.instituutbouwkwaliteit.nl](http://www.instituutbouwkwaliteit.nl). De eerste versie van het wetsvoorstel is van 2016.

11 Zie: <https://www.cobouw.nl/infra/nieuws/2019/02/wie-wil-nog-een-groot-project-rijkswaterstaat-moet-ingrijpen-op-gww-markt-101270164>, laatstelijk geraadpleegd op 6 april 2019.

We praten dan over een contract model dat teruggaat tot de late Middeleeuwen.<sup>12</sup> Volledigheidshalve merk ik op dat het ten principale niet uitmaakt, dat, wat nu dan heet, het twee-fasen-proces met zich brengt, dat de opdrachtgever samen met de markt<sup>13</sup> het ontwerp maakt; die variant op het traditionele model is namelijk ook niet nieuw: want dit is eenvoudigweg het bouwteam model, geïntroduceerd in de jaren vijftig van de vorige eeuw.

Daarmee ben ik terug bij waar ik mee begon in deze Inleiding: de cirkel is rond. Twintig jaar geleden wilde men van het traditionele stelsel af en nu wil men daar feitelijk naar terug. Ik vertel dit allemaal om te laten zien hoe centrale mechanismen in bouwcontracten - vertrouwen, taakverdeling, controle, aansprakelijkheidstoedeling - ons voortdurend bezig houden en onderwerp van wijzigingen zijn. En: er lijken geen sluitende regelingen voor te vinden, die langere tijd bevredigend gevonden worden. Nu eens is het vertrouwen wat de klok slaat en dan weer controle. Wat dit alles nog wat ingewikkelder maakt, is dat wat op beleidsniveau wordt gepredikt niet altijd overeenkomt met wat op het niveau van het aangaan van de contracten wordt geëxploiteerd. Ook het effect van crises is in dezen van groot belang.

Dit alles kan toch niet uniek zijn voor de huidige tijd? Hoe gingen partijen vroeger met elkaar om? De rechtshistorici hebben zich met die feitelijke vraag, al helemaal niet in het bouwrecht, nauwelijks in gelaten. Dit is wel opvallend, want er liggen duizenden documenten uit al lang vervlogen tijden in talloze archieven (vele gedigitaliseerd inmiddels) te wachten om als goudmijn geëxploiteerd te worden. Wie daarmee wel begonnen zijn, zijn o.a. de architectuur historici.<sup>14</sup> Een recent voorbeeld is de zeer informatieve studie verricht door de UvA hoogleraar Van Tussenbroek, bouwhistoricus en bekleder van de leerstoel Stedelijke identiteit en monumenten in het bijzonder van de stad Amsterdam: 'Alzo zult gijlieden dat maken': gebruik en ontwikkeling van bouwcontracten in de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden tot 1650. In dat boek<sup>15</sup> zijn talloze bestekken onderzocht en systematisch besproken conform de chronologie van het bouwproces. Het zoeken naar de inhoudelijk juiste wijze van contracteren en het komen tot een contract was ook in die periode geen statische kwestie, maar net als de maatschappelijke ontwikkelingen in die tijd ook onderwerp van ontwikkeling. Een paar illustraties van concrete onderwerpen van toen en hoe daar nu mee wordt mee omgegaan wordt, passeren in de volgende paragraaf de revue.

---

12 Uitvoering uiteen gezet in de dissertatie van M. Hurx, *De particuliere bouwmarkt in de Nederlanden en de opkomst van de architect, (1350-1530)*, TU Delft 2010; zie <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3A3d13a073-0eda-47cc-b143-44fc0066dfac?collection=research>. Laatstelijk geraadpleegd 6 april 2019.

13 Wie wordt daarmee bedoeld: het uitvoerend bouwbedrijf en/of de adviseurs (architect/andere ontwerpers)?

14 En onderzoekers uit de sociale en economische disciplines, zie o.a. de bijdragen van P. Matthias en L. Kooijmans, *Entrepreneurs and Entrepreneurship in Early Modern Times: Merchants and Industrialists Within the Orbit of the Dutch Staple Market*, red. L. Noordegraaf, C. Lesger, *Hollandse Historische Reeks*, 24, Den Haag, 1995.

15 Uitgegeven door Primavera Pers, Leiden 2013; besproken door R.G.T. Bleeker TBR 2015/23.

### 3 Juridische aspecten van de verhouding opdrachtgever - opdrachtnemer in de Middeleeuwen

#### 3.1 Aanbesteden: het waarom en het effect

*Toen*

Aanbesteden komt sinds de tweede helft van de veertiende eeuw voor: in de jaren 1388-1399 gebeurde dat in Brugge in bijna 40% van de openbare werken en in het decennium daarna in 58%.<sup>16</sup> Als voordelen van aanbesteden worden genoemd: dat de opdrachtgever 'nergens mede te doen had'<sup>17</sup>, de uitlokking van een scherpe prijs<sup>18</sup>, de mogelijkheid van specialisatie voor de aannemer waarvan efficiënter op de vraag inspelen het gevolg was<sup>19</sup> en de flexibiliteit om projecten op verschillende plaatsen aan te nemen.<sup>20</sup> Als nadeel van aanbesteden werd het ontbreken van een persoonlijke binding met de opdrachtgever ervaren, waardoor meer juridische afspraken gemaakt moesten worden om nakoming te verzekeren, zoals het stellen van borgen, het opstellen van notariële akten etc.<sup>21/22</sup> Van Tussenbroek wijst er voorts op, dat de aannemers een reactie hebben op het 'tegen elkaar uitspelen' van potentiële aannemers: zij hielden de geboden prijzen kunstmatig hoog.<sup>23</sup>

Vergelijkbare punten komt men in andere literatuur tegen. Hurx laat in zijn dissertatie bronnen aan het woord, waaruit blijkt dat verwacht werd dat door het aanbesteden een derde tot de helft bespaard zou kunnen worden op de bouwkosten; de aanbesteding van het stadhuis in Damme leverde uiteindelijk een voordeel op van ongeveer twaalf procent voor het stadsbestuur.<sup>24</sup> Een ander voordeel was, dat door de aanbesteding het werk niet in eigen beheer van de opdrachtgever werd uitgevoerd, waardoor het risico naar de aannemer werd verlegd. Ook Hurx wijst erop dat aanbesteden niet altijd het beoogde effect had: soms waren alleen enkele kapitaalkrachtige aannemers in staat om mee te dingen naar de opdrachten. Doordat zij elkaar kenden, was het niet uitgesloten dat er onderhands prijsafspraken gemaakt werden. De remedie: het werk in kleine porties uitgeven; waarvan dan weer het nadeel was: versnippering en het verlies van grip op het bouwproces.<sup>25</sup>

Het ging in de Middeleeuwen dus om doelmatigheid.

16 Van Tussenbroek, p. 71.

17 Ibid. Aanbesteden leidde er namelijk toe, dat het risico voor het bouwen bij de aannemer werd gelegd in de vorm van een aannemingsovereenkomst, terwijl voor de toename van de aanbestedingspraktijk de overeenkomst veel vaker het karakter van een arbeidsovereenkomst had, waarbij het risico voor de opdrachtgever was, Van Tussenbroek, p. 39.

18 Van Tussenbroek, p. 72.

19 Van Tussenbroek, p. 72/73.

20 Van Tussenbroek, p. 73.

21 Van Tussenbroek, p. 39.

22 Van Tussenbroek, p. 73.

23 Een bron daarvoor geeft hij niet.

24 Hurx, p. 117.

25 Hurx, p. 117.

*Nu*

Aan het huidige aanbestedingsrecht ligt ten principale het gelijkheidsbeginsel ten grondslag.<sup>26</sup> Zie daartoe art. 18 van Europese Richtlijn 2014/24, dat opent met: 'Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.' In de Nederlandse aanbestedingswet komt het gelijkheidsbeginsel aan de orde in de artikelen 1.8 en 1.12. Daaraan vooraf gaat een bepaling over de doelmatigheid die aanbestedende diensten in acht dienen te nemen: '1.4,2 De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (...)'.<sup>27</sup>

Doelmatigheid is ook een onderwerp in Richtlijn 2014/24, nr. 2 Considerans, waar bepaald wordt hoe dat moet gebeuren: door de deelneming van het midden- en kleinbedrijf aan overheidsopdrachten te bevorderen. Ook bepaald wordt waarom dat moet: om aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen.

Doelmatigheid wordt soms een beginsel van aanbestedingsrecht genoemd, m.n. in de buitenlandse literatuur, maar ten onzent wil de juridische literatuur hier niet echt aan. Doelmatigheid wordt gezien als een doel van overheidsinkoop en niet als beginsel noch als doel van het aanbestedingsrecht.<sup>27</sup>

Voor iedere aanbesteder, toen en nu, is de prijs van groot belang. Maar de belangstelling voor de (laagste) prijs is in beginsel niet meer alleen zaligmakend. Het zou immers moeten gaan om de economisch meest voordelige inschrijving, waarbij de prijs een onderdeel uitmaakt van het gunningscriterium naast de kwaliteit. Dat de winnende aanbidding uitsluitend gekozen kan worden op basis van de laagste prijs wordt in de huidige regelgeving ontmoedigd.<sup>28</sup>

Met dit stelsel van aanbestedingsregelgeving zijn we, in theorie in ieder geval, ver verwijderd van wat 'toen' voorop stond bij het uitloven van opdrachten. Vanuit de praktijk en dan met name van inkoperszijde wordt er tegenwoordig wel met gemengde gevoelens aangekeken tegen de huidige theorie/de regeling van het aanbesteden. Niet, dat in die kringen een ongebreideld systeem van de laagste prijs voor wordt gestaan; wel dat men de balans doorgeslagen ziet naar de 'regels'.<sup>29</sup>

In het verlengde van de doelmatigheid en de tegenwoordig veel gehoorde klacht over jurisdisering van het aanbestedingsrecht valt op dat ook al in de Middeleeuwen over het

---

26 Zie mijn bijdrage aan het Liber Amicorum Aangenomen Werk, aangeboden aan prof. mr. M.A. van Wijngaarden, W.E.J. Tjeenk Willink, 2003, onder redactie van M.A.M.C. van den Berg, H. Langendoen en schrijver dezes, Aanbestedingsrechtelijke consequenties van contractuele wijzigingen, p. 40. Zie recent voorts (voor velen), C.E.C. Jansen, Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop, Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht en Staatssteun, 2018, p. 29.

27 Chao-Duvis 2003, p. 40; Jansen, p. 29.

28 Zie art. 2.114 lid 4 Aw, dat een motiveringsplicht legt op de aanbestedende dienst indien voor het (sub) gunningscriterium van de laagste kosten of de laagste prijs wordt gekozen.

29 Zie uitgebreid daarover Jansen, op. cit.

moeten inzetten van juridische middelen wordt geklaagd. Toen luidde het bezwaar dat persoonlijke binding met de opdrachtgever ontbrak.

Persoonlijke relaties verhouden zich per definitie slecht met aanbesteden, ook als er (nog) geen sprake is van het gelijkheidsbeginsel: ‘favoritisme’ ligt daardoor op de loer en dat is weer niet bevorderlijk voor een goede prijsontwikkeling. Het streven van inschrijvers naar persoonlijke binding met aanbesteders is van alle tijden is. Het waken daartegen leidt tot (meer) regelgeving, en dat leidt dan weer tot dezelfde klachten als in de Middeleeuwen. De klacht over jurisdisering is dus niet nieuw.

Dit geldt ook de angst van opdrachtgevers inzake samenspanning, die men bewaarde zag in 2001. Deze ontdekking leidde tot een Parlementaire Enquête.<sup>30</sup> Een van de uitkomsten van dit onderzoek is de Aanbestedingswet geworden. Feitelijk was samenspanning geen onbekend fenomeen in Nederland. Niet onvermeld kan immers blijven in deze context, dat Nederland voorafgaand aan die periode een van overheidswege geautoriseerd systeem van vooroverleg bij aanbestedingen had; een unieke situatie.<sup>31</sup> Samenspanning was hier bekend als een officieel georganiseerd systeem. Dat systeem werd verboden door de Europese Commissie bij besluit van 5 februari 1992.<sup>32/33</sup>

### *Concluderend*

Het lijkt een historisch en maatschappelijk gegeven dat inkopende organisaties ten allen tijde bedacht moeten zijn op de mogelijkheid van samenspanning. Men zag het in de Middeleeuwen; in de 18<sup>e</sup> eeuw schreef Adam Smith: ‘People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.’<sup>34</sup>; en in de twintigste eeuw hadden wij de bouwfraude. Het zou een illusie zijn te menen, dat dit nooit meer zal voorkomen.

30 Zie ‘De bouw uit de schaduw’; <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-28244-6.html>; laatstelijk geraadpleegd op 10 april 2019.

31 E.H. Pijnacker Hordijk, J.M. Hebly, Naar nieuwe vraag- en aanbodverhoudingen in de bouw, VBR preadvies, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2003, p. 17.

32 Pb.nr. L92/1, 7 april 1992. Zie het preadvies uit 2003 voor het verloop van de beëindiging van de activiteiten van het officiële kartelbureau.

33 De impact was groot en werd treffend beschreven in: A.G.J. van Wassenaa aan BR 1993, p. 44: The day after the battle of Brittan ... of Horizontale wegen naar een alternatief mededingingsstelsel? Sir Leon Brittan was de voor de beslissing verantwoordelijke EU (toen EEG) commissaris.

34 Adam Smith, *The Wealth of Nations, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776; gebruikt is de uitgave in de serie *The Great Books*, University of Chicago, 22e editie, 1978, p. 55. In het kader van de praktijk van officiële kartels hier te lande, kan ik niet nalaten de tweede zin volgend op het opgenomen citaat te citeren: ‘But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary.’

## 3.2 Toezicht en controle

### 3.2.1 De veranderende rol van de architect

#### *Toen*

In par. 2.2 van het boek van Van Tussenbroek, getiteld Opdrachtgeverschap in een veranderende maatschappij, wordt aandacht besteed aan het gevolg van de veranderende aard van de verbintenis opdrachtgever en uitvoerende partij. Deze verbintenis heeft in de vroege Middeleeuwen een sterk persoonlijk karakter; dit verandert in de dertiende eeuw, waaraan de opkomst van het aanbesteden mede bijdraagt, zo leidt de auteur het onderwerp in.<sup>35/36</sup> Dit heeft gevolgen voor de relatie met de aannemer en voor de reactie op plichtsverzuim of contractbreuk. Van Tussenbroek merkt op dat de opdrachtgever minder goed in staat is verhaal te halen, dan wanneer de aannemer deel uitmaakte van het sociale netwerk van de opdrachtgever.<sup>37</sup> Een ander gevolg van het minder persoonsgebonden opdrachtgeverschap is een betere administratie en een steviger toezicht op inkomsten en uitgaven.<sup>38</sup> Rond 1270 bestond al 'een goed georganiseerd systeem van kostenschatting, uitschrijving en aannemen. Een notaris moest ervoor zorgen dat er geen onderlinge afspraken konden worden gemaakt. Na goedkeuring van de plannen door de koning werd de opdracht uitgelooft aan de laagstbiedende'.<sup>39/40</sup>

De rol van de architect veranderde in deze periode ook. De toegenomen bouwproductie, de opsplitsing van de werkzaamheden, maakte het, aldus Hurx, 'lastiger om het overzicht op het hele proces te bewaken. De architect kreeg daardoor een meer bemiddelende rol tussen de partijen. In het nieuwe spanningsveld tussen opdrachtgever en aannemer was de architect nodig als onafhankelijk en deskundig adviseur. Hij kon optreden als bemiddelaar tussen opdrachtgever en aannemers, waarbij hij de opdrachtgever terzijde stond in het bewaken van de kwaliteit en kosten'.<sup>41</sup>

#### *Nu*

De praktijk van het vooraf maken van een goede kostenschatting en de angst voor onderlinge afspraken, waarvan ik aanneem dat deze ook gevreesd werden in de contractuele fase, zijn ook vandaag de dag punten van aandacht. Om te beginnen gaan de gedachten o.a. uit naar wat opgemerkt wordt in de Toelichting op de DNR 2011, waar inzake de vertrouwenspositie en de gewenste onafhankelijkheid van de adviseur, te lezen valt, dat de onafhankelijkheid van de adviseur met zich brengt dat hij zijn advies

---

35 Van Tussenbroek, p. 22. Hieraan droeg ook de praktijk van het aanbesteden bij, p. 73.

36 Het is interessant, maar voert thans te ver, om de inhoud en betekenis van dit persoonlijke karakter te vergelijken met wat heden ten dage wordt geleerd over het 'intuitu personea' karakter van de overeenkomst van aanneming van werk (zie daarvoor M.A.M.C. van den Berg m.m.v. S. van Gulijk, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7, Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 84).

37 Van Tussenbroek, p. 73. Ik laat dat rusten; hoofdstuk 7 van het boek is gewijd aan arbitrages.

38 Van Tussenbroek, p. 23.

39 Van Tussenbroek, p. 23; noten weggelaten.

40 In het midden blijft in dit citaat op welke onderlinge afspraken de notaris letten: die tussen de 'kosten-deskundige' (architect?) en de aannemers wier werk werd berekend, of tussen de aannemers onderling.

41 Hurx, p. 201.



geeft vrij van invloeden die met het advies niets te maken hebben.<sup>42</sup> Daarnaast is de kosteninschatting een taak van de architect volgens art. 2 lid 3 onder j DNR 2011.<sup>43</sup> Of die rol nog alleen het terrein van de architect is, dient betwijfeld te worden. De taken, die te maken hebben met andere aspecten van de opdracht dan het zuivere ontwerpen worden steeds vaker opgedragen aan anderen, die in die taken beter onderlegd zijn. Dit zegt dus, dat ook nu opdrachtgevers nog steeds behoefte hebben aan een figuur die deze taak uitoefent.

### 3.2.2 Toezicht

#### *Toen*

Van Tussenbroek begint het hoofdstuk gewijd aan o.a. controle met een verwijzing naar Simon Stevin: deze schreef dat het werk moest worden aanbesteed aan ‘goede meesters’ maar dat er ook ‘Opsinders’ moesten zijn. Zou er niet goed gewerkt worden, dan zouden deze ‘doende den gheenen, die ongetroulick handelen, van hemlien bedongen loon soo veel afcorten, of so straffen als de saeck vereyscht’.<sup>44</sup> Toezicht en boete zijn beide mechanismen waarmee een opdrachtgever controle over het werk beoogt.

Toezicht vond plaats zowel aan het einde van het werk bij de oplevering als gedurende de werkzaamheden.<sup>45</sup> De betaling van de laatste termijn vond volgens sommige contracten plaats nadat het werk was ‘opgenomen ende gepresen’.<sup>46</sup> Controles werden verricht door of namens stadsbesturen, waarbij de gang van zaken op enigerlei moment werd vastgelegd in statuten.<sup>47</sup> Personen, die in vaste dienst van de stad waren, werden geacht onafhankelijk te zijn en waren de aangewezen personen voor controles.<sup>48</sup> Naast stedelijke controleurs waren er controleurs van het stadhoudelijk hof.<sup>49</sup> Voorts kwam het veelvuldig voor dat aannemers gildemeesters en overlieden van een gilde vroegen om een oordeel over het werk van een vakbroeder.<sup>50</sup> Zij kwamen vaak van elders om de onafhankelijkheid te waarborgen.<sup>51</sup> Onderwerp van controle waren de te gebruiken bouwmaterialen, het bouwterrein en het resultaat van de werkzaamheden.<sup>52</sup> Afspraken omtrent de frequentie van de controles werden ook gemaakt; er zijn voorbeelden dat bedongen werd dat dat te allen tijde kon.<sup>53</sup> Van Tussenbroek wijst er op dat lang niet altijd tussentijdse controles plaats vonden. De kosten van de controle konden voor re-

42 Toelichting p. 21. Art. 11 lid 2 DNR 2011: De adviseur is gehouden de opdracht goed en zorgvuldig uit te voeren, de opdrachtgever onafhankelijk in een vertrouwenspositie terzijde te staan (...). De adviseur dient alles te vermijden wat de onafhankelijkheid van het advies kan schaden.

43 De aannemer die een prijs afgeeft voor het werk, vervult hier ook een rol, maar geen onafhankelijke en bovendien betekent deze prijs niet dat dit de uiteindelijke prijs is, gegeven de mogelijkheden tot bijbetaling/verrekening in de UAV 2012 (1989) en de UAV-GC 2005.

44 Van Tussenbroek, p. 165.

45 Van Tussenbroek, p. 176.

46 Ibid.

47 Van Tussenbroek, p. 177/178.

48 Van Tussenbroek, p. 178.

49 Van Tussenbroek, p. 179.

50 Ibid.

51 Ibid.

52 Van Tussenbroek, p. 179/180.

53 Van Tussenbroek, p. 180.



kening van de aannemer komen indien het werk niet werd goedgekeurd.<sup>54</sup> De controle bij de oplevering kon plaatsvinden met behulp van het bestek en tekening. Het bestek kon daarbij dienen als afvinklijst.<sup>55</sup> Er zijn veel voorbeelden van controles op de bij oplevering gevonden; dat lijkt dan ook standaard praktijk te zijn geweest.<sup>56</sup>

*Nu*

Controle op de opdrachtnemer door middel van toezicht is in de huidige algemene voorwaarden een centraal onderwerp. Zie voor de UAV 2012 (1989) par. 3 over de bevoegdheid van de opdrachtgever om directie aan te stellen, zie de bepalingen omtrent de oplevering in par. 8, 9 en 10; opmerking verdient dat de directie onafhankelijk van de aannemer opereert. Voor de UAV-GC 2005 zijn de bepalingen opgenomen in par. 19 e.v. over de kwaliteitsborging essentieel. De laatste bevatten een principieel ander systeem dan de bepalingen van de UAV 2012 (1989) kennen, doordat de nadruk ligt op kwaliteitsborging door de opdrachtnemer zelf en veel minder op controle door de opdrachtgever. De opdrachtgever wordt in die algemene voorwaarden feitelijk ontmoe-digd om gedurende de uitvoering van de werkzaamheden controle uit te oefenen.<sup>57</sup>

### **3.2.3 Controle door korting/boetebedingen**

Controle door toezicht heeft aan het eind van de dag als functie om de aannemer/opdrachtnemer te bewegen het werk volgens de overeenkomst te verrichten. Die beheersing van gedrag kan ook door gebruikmaking van financiële prikkels: de korting en de bonus.<sup>58</sup>

Boeteclausules zijn bekend in de Middeleeuwen. Zij werden gesteld op slechte kwaliteit en niet leveren.<sup>59</sup> Soms ging het om vaste bedragen, die van tevoren waren bepaald: 4 stuivers voor elke dag te laat werd opgeleverd; een boete van 12 stuivers als te laat begonnen werd met het werk en niet werd doorgewerkt gedurende drie dagen en soms was de omvang anders bepaald.<sup>60/61</sup> Het verschijnsel boeteclausules nam sinds het einde van de zestiende eeuw toe.<sup>62</sup> Zij waren soms exorbitant hoog en werden toegepast ook indien de aannemer slachtoffer was van diefstal waardoor hij niet kon leveren.<sup>63</sup>

---

54 Van Tussenbroek, p. 181.

55 Ibid.

56 Van Tussenbroek, p. 183.

57 Zie immers hoe vaak hem wordt voorgehouden dat hij van zijn controlebevoegdheid geen gebruik hoeft te maken in de regeling en in de Toelichting.

58 Het gaat hier om een bepaalde manier van korting: geen korting ter verleiding om een overeenkomst aan te gaan, maar een korting op (vermindering van) het bedrag dat de opdrachtgever de aannemer verschuldigd is, omdat de aannemer te laat presteert of anderszins niet aan de overeenkomst voldoet.

59 Van Tussenbroek, p. 171.

60 Van Tussenbroek, p. 174.

61 Van Tussenbroek, p. 172, geeft ook voorbeelden van sancties in geld, gesteld op wat nu minder werk heet.

62 Van Tussenbroek, p. 174.

63 Van Tussenbroek, p. 175.

De voorbeelden lijken te bevestigen dat het boetebeding<sup>64</sup> in de praktijk daadwerkelijk de functies had van aansporing en schadevergoeding.<sup>65</sup> De term boete doet denken aan het strafrecht, maar daar lijkt geen verband mee te zijn. Schelhaas wil in algemene zin niet aan deze kwalificatie van het boetebeding, in ieder geval niet voor Nederland. De boete wordt niet ex post opgelegd door een publiek orgaan, maar is een prestatie die van tevoren vrijwillig is overeengekomen en waarbij de sanctie vrijwillig wordt aanvaard.<sup>66/67</sup>

Van een bonus wordt door Van Tussenbroek geen gewag gedaan. Vermeldenswaard is wel de praktijk van credentiebrieven: brieven van opdrachtgevers waarin verklaard werd dat de aannemer betrouwbaar was.<sup>68</sup> Ook anderszins werd zulks verklaard door opdrachtgevers, bijvoorbeeld in een handgeschreven aantekening op een bestek.<sup>69</sup> Maar zo concludeert de auteur: betrouwbaarheid en goede verstandhouding zijn lang niet in alle gevallen aanwezig; er moeten daarom zekerheden ingebouwd worden als borgen.<sup>70</sup>

*Nu*

Par. 42 UAV 2012 (1989) bevat de kortingsregeling, die alleen van toepassing is op het overschrijden van de opleveringstermijn. De UAV-GC 2005 kennen ook een sanctiesysteem opgenomen in par. 36. Deze regeling is van toepassing op de overeengekomen mijlpalen gedurende de werkzaamheden en de opleveringsdatum. De UAV-GC 2005 hebben daarnaast in dezelfde bepaling ook een positieve regeling: de bonus voor het geval eerder opgeleverd wordt.

De functie van het kortings/boetebeding onder beide sets van algemene voorwaarden staat niet ter discussie. Algemeen wordt aanvaard dat het boetebeding een schadefixerend en een aansporende functie heeft.<sup>71</sup>

Credentiebrieven kennen we in zekere zin nog: de tevredenheidsverklaringen of -certificaten die in de aanbestedingsrechtelijke context een rol kunnen spelen.

64 Het is mij overigens niet duidelijk op basis van het boek van Van Tussenbroek of wel van boete werd gesproken werd.

65 H.N. Schelhaas, *Schadevergoeding, aansporing of bestraffing? De ware aard van het boetebeding*, in *BW-krant Jaarboek*, Kluwer, Deventer, 2003.

66 Schelhaas, p. 110. Dat laatste argument betreffende het aanvaarden van de sanctie, acht ik niet overtuigend. Het is immers zeer wel mogelijk dat iemand die strafrechtelijk bewust en vrijwillig een daad verricht die bedreigd wordt met een straf, ook de straf bewust en vrijwillig aanvaardt, maar voor het moeten ondergaan van die straf is dat irrelevant. De straf wordt opgelegd los ongeacht die geestelijke gesteldheid (afgezien van de eventuele omvang van de straf). Vergelijk de onrechtmatige daad: de o.d.-pleger kan vrijwillig en bewust de o.d. verrichten en de straf (schadevergoeding) vrijwillig ondergaan. Maar dat is irrelevant voor het intreden van dat rechtsgevolg.

67 Opmerking verdient, dat zij de historische ontwikkeling niet beschrijft aan de hand van contractbedingen zelf, maar aan de hand van de literatuur.

68 Van Tussenbroek, p. 97.

69 Van Tussenbroek, p. 96/ 97.

70 Van Tussenbroek, p. 97.

71 Voor de UAV-GC 2005 volgt dit uit het feit dat aangeknoopt is bij art. 6:91 BW; voor de UAV 2012 (1989), zie de vele voorbeelden uit de rechtspraak in de *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht*, Deel 5, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2017 van schrijver dezes. Omdat in beide gevallen gematigd kan worden aan de hand van dezelfde regels, heeft het onderscheid weinig betekenis, aldus M.A. van Wijngaarden in *Handleiding tot de UAV 1968*, Kluwer-Samsom, Deventer, p. 208/209.

### **3.3 Conclusie**

De geschiedenis laat zien, dat opdrachtgever en opdrachtnemer hoe zeer zij ook nauw met elkaar omgaan tijdens een bouwproject een eigen belang hebben. En daarbij geldt: het hemd is nader dan de rok. De heilige graal is dan ook het ideale systeem van recht doen aan die beide belangen in voorwaarden. Dat lukt niet in een imperfecte wereld. Er naar blijven streven mag wel verlangd worden. Aan de verleidingen van een economisch tij dat dan eens de een en dan de ander goed uitkomt, dient weerstand geboden te worden, zo wordt dagelijks geleerd.<sup>72</sup>

## **4 De laatste woorden**

De laatste woorden zijn voor Jan Struiksma, van wie ik weet dat geschiedenis niet zijn grootste belangstelling heeft. Sorry, Jan, maar deze kant ging mijn inspiratie op. Jan is de langst zittende voorzitter van het Bestuur van het IBR geweest met wie ik in mijn directeursperiode te maken heb gehad. We zagen en spraken elkaar feitelijk maar af en toe. Dat werkte heel goed. Niet omdat wij elkaar niet mochten, maar omdat we elkaar mochten en aan weinig woorden genoeg hadden. Dank daarvoor!

---

72 Zie ook HFD 17 april 2019, Kosten van risico's drijven bouwconcerns en Rijk uiteen: de bouwers zijn slachtoffer van financiële debacles, omdat zij te laag inschreven en voor vrijwel alle risico's verantwoordelijk waren. Het korte termijn denken van aanbestedende diensten om voor een dubbeltje op de eerste rang te willen zitten, komt nu m.i. als een boemerang terug. Wie is daarbij gebaat? Bedrijfsleven niet, de belastingbetaler, als we het hebben over doelmatigheid, evenmin.

# Klimaatverandering vergt schaarse vergunningen

Kunnen schaarse vergunningen het omgevingsrecht beter equiperen om klimaatverandering tegen te gaan?

*Mr. dr. M.A.M. (Marjolein) Dieperink & mr. dr. L.A.J. (Jochem) Spaans*

## 1 Inleiding

### 1.1 Koppeling grondeigendom en ontwikkelingsrecht is toe aan een herijking

Uitgangspunt binnen het omgevingsrecht is dat omgevingsvergunningen niet schaars zijn. Jan schreef dat al in 2011, met de redenering dat de vergunning is gekoppeld aan de grondeigendom: *‘Als iemand eenmaal bouwgrond heeft verworven, is het aantal gegadigden voor een vergunning op die plek in het algemeen gereduceerd tot één, namelijk tot de grondeigenaar of een andere partij die met toestemming van de grondeigenaar wil bouwen.’*

<sup>1</sup> De koppeling van een (ontwikkelrecht voortvloeiend uit een) omgevingsvergunning aan de grondeigendom<sup>2</sup>, leidt ertoe dat de overheid in beginsel uitsluitend de keuze heeft *of* en onder welke voorwaarden een bepaalde (milieubelastende) activiteit wordt uitgevoerd; en niet *wie* die activiteit mag uitvoeren.

In deze bijdrage geven wij een aantal positiefrechtelijke voorbeelden van gevallen waarin ten aanzien van energieprojecten het ontwikkelrecht is ontkoppeld van de grondeigendom en/of waarin de kwaliteit van de ontwikkelaar of het project dat hij ontwikkelt, wel bepalend is voor de ‘vergunningstoewijzing’. Deze voorbeelden laten zien dat (de wetgever meent dat) het algemeen belang kan vergen dat een ontwikkelrecht wordt toegewezen aan een partij die de betrokken milieubelastende activiteit ‘het beste’ kan verrichten. De voorbeelden roepen naar onze mening de vraag op of het omgevingsrecht op dit vlak

---

1 Jan schreef deze bijdrage met één van de schrijvers dezes, zie: J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, Schaarse rechten en het ruimtelijk beleid, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel (red.), Schaarse publieke rechten, Den Haag: Bju 2011, p. 115-131. Zie ook de conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven d.d. 6 juni 2018 inzake windpark Zeewolde (ECLI:NL:RVS:2018:1847), overweging 4.5.

2 Korthedshalve gaan we alleen in op het eigendomsrecht op grond. Het navolgende gaat echter meestal ook op voor van het eigendomsrecht afgeleide (zakelijke) rechten als een opstalrecht of een erfpachtrecht.

toe is aan een herijking, zodanig dat meer ruimte ontstaat om een omgevingsvergunning te verlenen aan de persoon die de betrokken activiteit 'het beste' kan uitvoeren.

Het creëren van meer ruimte binnen het systeem van het omgevingsrecht om een vergunning te verlenen aan de beste partij, kan impliceren dat de koppeling tussen het ontwikkelrecht en de grondeigendom moet wijken. Daarmee zou een omgevingsvergunning schaars worden. Die schaarste stelt de overheid vervolgens in staat om bij vergunningverlening te sturen op beleidsdoelstellingen, zoals CO2-reductie of het vergroten van de opwekcapaciteit van hernieuwbare energie-installaties. Zulke sturing kan van betekenis zijn - en is ten aanzien van de hierna te noemen energieprojecten van betekenis gevonden - om grote maatschappelijke opgaven aan te pakken, zoals klimaatverandering.<sup>3</sup>

Deze bijdrage mondt uit in de aanbeveling dat moet worden onderzocht in hoeverre het mogelijk is, in het bijzonder gelet op de juridische bescherming van het eigendomsrecht<sup>4</sup>, om een omgevingsvergunning in voorkomend geval schaars te maken. Het door Jan geduide uitgangspunt van niet-schaarheid van omgevingsvergunningen, zou in elk geval niet op voorhand aan zulk onderzoek in de weg mogen staan, zoals reeds de voorbeelden in paragraaf 2 laten zien.

## **1.2 Opbouw en definitie 'schaarse vergunning'**

Hierna maken wij eerst inzichtelijk hoe bepaalde wetgeving momenteel al een ont koppeling van het ontwikkelrecht van de grondeigendom realiseert, zowel in situaties waarin de notie van eigendom niet geldt, als situaties waarin te dien aanzien een andere keuze door de wetgever is gemaakt (paragraaf 2). Vervolgens schetsen we in paragraaf 3 een aantal gevallen waarin de overheid een ontwikkelrecht toebedeelt aan degene die het betrokken project het beste kan verrichten. In paragraaf 4 vergelijken we de ont koppeling (paragraaf 2) en vergunningstoewijzing (paragraaf 3) met de klassieke verlening van de omgevingsvergunning, die is gebaseerd op het uitgangspunt dat een (ontwikkelrecht voortvloeiend uit een) omgevingsvergunning de eigendom volgt en daarom niet schaars is. In paragraaf 5 maken wij enkele eerste, algemene opmerkingen over de verhouding tot het eigendomsrecht. In § 6 sluiten we af met een conclusie.

Binnen het bestek van deze bijdrage spreken we van een schaarse (omgevings-)vergunning indien die vergunning een aanspraak op een ontwikkelrecht op grond creëert, waarvoor potentieel meer gegadigden zijn dan het aantal vergunningen dat de overheid verdeelt.

Deze bijdrage pretendeert geen uitputtende wetenschappelijke verhandeling te zijn over de ont koppeling van het ontwikkelrecht van de grondeigendom, en de verdelingsmo-

---

3 Wij noemen klimaatverandering hier en in de titel, als aansprekend voorbeeld van een grote maatschappelijke opgave, ten aanzien waarvan door de wetgever al stappen zijn gezet om te komen tot een ont koppeling van een (ontwikkelrecht voortvloeiend uit een) omgevingsvergunning en de grondeigendom. De keuze voor welke beleidsdoelstellingen zo'n ont koppeling meerwaarde zou hebben, is evenwel eerder een politieke, dan een juridische.

4 Het beperkte bestek van deze bijdrage staat niet toe om een uitputtende analyse te geven van de implicaties van (de bescherming van) het eigendomsrecht.

gelijkheden die vanwege zulke ont koppeling zouden kunnen worden gecreëerd.<sup>5</sup> Zij beoogt slechts een bijdrage te leveren aan de lopende wetenschappelijke discussie dienaangaande, door inzichtelijk te maken dat reeds in het positieve recht voorbeelden zijn te vinden waarin ten aanzien van energieprojecten het ontwikkelrecht is ont koppeld van de grondeigendom en/of de kwaliteit van de ontwikkelaar of het project dat hij ontwikkelt, wel bepalend is voor de vergunningstoewijzing.

## **2 Voorbeelden ont koppeling eigendomsrecht en ontwikkelrecht in energieprojecten**

### **2.1 Algemeen**

Op het uitgangspunt dat een (ontwikkelrecht voortvloeiend uit een) omgevingsvergunning gekoppeld is aan de grondeigendom bestaan uitzonderingen. In deze paragraaf benoemen we een aantal van die uitzonderingen. Door de ont koppeling van het ontwikkelrecht van de grondeigendom kan (het betrokken ontwikkelrecht voortvloeiend uit) de (omgevings-)vergunning schaars zijn.<sup>6</sup> Die schaarste stelt de overheid in staat om het ontwikkelrecht aan een ander dan de grondeigenaar toe te wijzen; zie hierna § 3.<sup>7</sup>

### **2.2 Windenergie op zee**

Een van de succesverhalen van het omgevingsrecht in de afgelopen jaren is zonder meer de vergunningverlening voor windparken op zee. Binnen een set aan omgevingsrechtelijke randvoorwaarden, wordt voor een locatie op zee in concurrentie een bouw- en exploitatievergunning getenderd. En gebeurde dat in eerste instantie nog tezamen met een subsidie, inmiddels blijken ontwikkelaars bereid om zonder subsidie mee te dingen naar de vergunning. De gunningscriteria borgen daarbij dat die ontwikkelaar de vergunning verkrijgt, die binnen de omgevingsrechtelijke randvoorwaarden het best in staat is een windturbinepark te realiseren en exploiteren. Mogelijk zelfs dat in de (verre) toekomst initiatiefnemers bereid zijn om te betalen voor de vergunning.

Bij windenergie op zee bestaat, in beginsel, geen koppeling tussen het ontwikkelrecht en de grondeigendom, omdat de meeste windparken op zee (geheel of gedeeltelijk) in de Exclusieve Economische Zone ('EEZ') liggen. Daar geldt het Burgerlijk Wetboek ('BW') niet en zijn er dus geen partijen met grondeigendom. Op grond van het internationale zeerecht is de Nederlandse overheid wel bevoegd om een bouw- en exploitatievergunning voor een windpark te verlenen. Bij die vergunningverlening staat de kwaliteit van de ontwikkelaar en het project voorop; zie hierna § 3.2.

---

5 Zie over dit laatste, onder meer, C.J. Wolswinkel, *Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling*, in: TO 2018/3, p. 109-121.

6 Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven heeft in zijn conclusie over het windpark Zeevolde d.d. 6 juni 2018 een aantal voorbeelden van schaarse omgevingsvergunningen uitgewerkt (ECLI:NL:RVS:2018:1847). De in deze paragraaf besproken ont koppeling van het ontwikkelrecht van de grondeigendom bestaat in feite naast die voorbeelden.

7 In hoeverre uit de nationale mededingingsnorm eisen aan de verdelingsprocedure volgen, blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie omtrent de nationale mededingingsnorm onder meer ABRS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

### 2.3 Windenergie op land

Een vergunning voor windenergie op land wordt doorgaans niet getenderd, maar aangevraagd en verleend aan degene die een (zakenrechtelijk) gebruiksrecht heeft ten aanzien van de grond, zoals eigendom, erfpacht of opstal. Hier wordt de activiteit in beginsel niet noodzakelijkerwijs verricht door de initiatiefnemer die binnen de omgevingsrechtelijke randvoorwaarden het best in staat is een windpark te exploiteren, maar door degene met een grondpositie. Of die partij ook het best in staat is tot de bouw en exploitatie van het park is dan voor de vergunningverlening irrelevant.

Het verschil tussen vergunningverlening bij windenergie op zee versus windenergie op land kan worden verklaard door de gelding van het BW. Op land regelt het BW wie grondeigenaar is, en dat deze het meest omvattende recht op de zaak heeft. Daarmee is gegeven dat het (in beginsel) aan de grondeigenaar is om te bepalen welke activiteit op zijn grond wordt verricht. Via het bestuursrechtelijke belanghebbende-begrip werkt die civielrechtelijke hoedanigheid door naar de mogelijkheid om een omgevingsvergunningaanvraag in te dienen, in beginsel met uitsluiting van de partijen die ten aanzien van dat perceel geen (zakenrechtelijk) gebruiksrecht kunnen claimen.<sup>8</sup> Het verschil aangaande de toepasselijkheid van het BW buiten beschouwing gelaten, verschillen een windpark op zee en een op land echter niet zoveel van elkaar. Zo is in beide gevallen de ruimte schaars en zijn omgevingsrechtelijke randvoorwaarden nodig om de activiteit in goede banen te leiden en belangen van derden te beschermen. Verder zijn beide typen projecten nodig om de CO<sub>2</sub>- en energiedoelstellingen te halen.

Alhoewel op land geen regeling geldt die vergelijkbaar is met de Wet Windenergie op Zee ('Wet WoZ'), regelt art. 9g Elektriciteitswet ('E-wet'), op de keper beschouwd, wel dat het ontwikkelrecht voor een windpark op land (groter dan 5 MW) schaars *kan* zijn. Dat is slechts het geval indien voor het windpark met toepassing van de Belemmeringwet Privaatrecht (BPr) een gedoogplicht is opgelegd. In dat geval moet de grondeigenaar dulden dat een ander op zijn grond een (deel van het) windpark bouwt en exploiteert. De BPr regelt dat de grondeigenaar daarvoor een schadevergoeding ontvangt.<sup>9</sup> De E-wet vergemakkelijkt het opleggen van een gedoogplicht door de kwalificatie van een windpark van tenminste 5 MW als openbaar werk van algemeen nut (art. 9g lid 1 E-wet). Ingeval een gedoogplicht is opgelegd, regelt art. 9g lid 2 E-wet vervolgens een ontkoppling van het ontwikkelrecht van de grondeigendom. Uit dat artikel volgt namelijk dat, bij de oplegging van een gedoogplicht, de ontwikkelaar en exploitant van een windpark eigenaar van dat park wordt, ondanks het ontbreken van medewerking van de grondeigenaar. Daartoe regelt art. 9g lid 2 E-wet dat de regeling met betrekking tot verticale natrekking in het BW van toepassing is bij het opleggen van een gedoogplicht met toepassing van de Bpr.<sup>10</sup> Benadrukt zij dat art. 9g E-wet een relatief jonge bepaling is en dat daarover nog geen rechtspraak bestaat. Voor zover ons bekend heeft dit artikel (nog) niet tot effect gehad dat een omgevingsvergunning voor een windpark van tenminste 5

---

8 Zie hierna ook § 4.

9 Zie hieromtrent recent HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:996.

10 Art. 9g lid 2 E-wet verklaart art. 5:20 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing, zie ook hierna § 2.4. Opvallend is overigens dat art. 9g lid 2 E-wet niet beperkt is tot windparken groter dan 5 MW, maar in algemene zin regelt dat indien (aan een grondeigenaar) een gedoogplicht wordt opgelegd voor een openbaar werk van algemeen nut, de natrekkingsregeling uit art. 5:20 lid 2 BW van toepassing is.

MW wordt aangemerkt als een schaarse vergunning (en vervolgens wordt getenderd en toegewezen aan 'de beste' ontwikkelaar en exploitant).

## **2.4 Mijnbouwprojecten**

Een vergelijkbare situatie met de EEZ waarin de regeling van het eigendomsrecht van het BW niet geldt, doet zich voor binnen het toepassingsbereik van de Mijnbouwwet. Uit art. 5:20 lid 1 BW vloeit voort dat de grondeigendom ook de daaronder liggende aardlagen en het grondwater omvat, tenzij de wet anders bepaalt. Zo'n uitzondering is geregeld voor delfstoffen. Art. 3 van de Mijnbouwwet ('Mbw') bepaalt namelijk dat delfstoffen eigendom zijn van de staat, althans de houder van een (winnings)vergunning. Verder regelt art. 4 Mbw een gedoogplicht voor een grondeigenaar ten aanzien van een houder van een vergunning voor CO<sub>2</sub>-opslag, delfstoffen en aardwarmte, aanwezig op een diepte van meer dan 100 meter.<sup>11</sup> De grondeigenaar moet, onder voorwaarden, dulden dat de vergunninghouder opslagcomplexen opspoort, delfstoffen of aardwarmte opspoort of wint, of stoffen opslaat. Even zoals de hiervoor genoemde regeling in art. 9g Elektriciteitswet 1998, regelt art. 5 Mbw in aanvulling daarop dat werken ten behoeve van de opsporing en winning, openbare werken van algemeen nut zijn in de zin van de Bpr. Deze bepalingen stellen aldus anderen dan de grondeigenaar in staat om een Mbw-vergunning voor delfstoffen, CO<sub>2</sub>-opslag en aardwarmte aan te vragen en te gebruiken. Aldus is sprake van een schaarse vergunning. In potentie zou dit de overheid in staat stellen om de Mbw-vergunning door middel van een vergelijkende toets te verlenen aan, bijvoorbeeld, diegene die de delfstoffen het meest efficiënt of met het minste overlast voor de omgeving kan winnen. Tot op heden wordt een dergelijke verdelingsprocedure niet toegepast. Wel regelt art. 15 Mbw dat indien een aanvraag wordt ingediend, andere potentieel gegadigden in de gelegenheid worden gesteld om een concurrerende aanvraag in te dienen.

## **2.5 Energie-infrastructuur, waaronder warmtenetten**

Voor netten bestemd voor het transport van energie, zoals gas, elektriciteit en warmte, neemt de wetgever (eveneens) tot uitgangspunt dat het ontwikkel- en exploitatierecht daarvan niet automatisch toekomt aan de grondeigenaar. Art. 5:20 lid 2 BW regelt daartoe de zgn. horizontale natrekking. Kortweg komt dat artikel erop neer dat degene die bevoegd een infrastructuur bestemd voor het transport van energie aanlegt, daarvan eigenaar wordt, ook wanneer hij geen eigenaar is van de grond waarin het net ligt. Voor elektriciteits- en gasnetten geldt het uitgangspunt dat de publieke netbeheerder bevoegd is om die aan te leggen.<sup>12</sup> Voor warmtenetten - dat wil zeggen de infrastructuur waarmee warm en koud water van een warmtebron naar woningen en andere gebouwen wordt vervoerd ten behoeve van verwarming - is dit niet geregeld.<sup>13</sup> Een ontwikkelaar of

---

11 Volledigheidshalve zij vermeld dat art. 2 lid 3 Mbw regelt dat de Mbw met betrekking tot aardwarmte slechts van toepassing is, voorzover de aardwarmte op een diepte van meer dan 500 meter beneden de oppervlakte van de aardbodem aanwezig is.

12 Zie bijvoorbeeld art. 15 e.v. van de E-wet.

13 In het licht van de benodigde maatregelen om de gebouwde omgeving op termijn CO<sub>2</sub>-neutraal te maken en de in dat kader verwachte grote toename van het aantal warmtenetten, wordt momenteel gewerkt aan een wijziging van de Warmtewet. In dat kader wordt de marktordening van warmtenetten



exploitant van een warmtenet zal daarom op een andere wijze dan bij elektriciteits- en gasnetten de bevoegdheid moeten krijgen om een warmtenet aan te leggen, waarna hij vervolgens van rechtswege op grond van art. 5:20 lid 2 BW eigenaar wordt. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het ontwikkelrecht voor een (warmte)net (momenteel) niet zozeer wordt toebedeeld door omgevingsvergunningverlening; mogelijk wordt dat onder de Omgevingswet anders. De overheid speelt momenteel bovendien met de gedachte om in de Warmtewet een publiekrechtelijke grondslag te bieden in de vorm van een aanwijzing van een warmtebedrijf.

Voor zowel gas- en elektriciteitsnetten als warmtenetten is verder geregeld dat een grondeigenaar, niet zijnde de ontwikkelaar of exploitant van een net, gedwongen kan worden de aanleg en aanwezigheid van zo'n net te dulden. Zo verwijst art. 38 van de Warmtewet ook naar (de gedoogplicht geregeld in) de Bpr.<sup>14</sup> In samenhang met de horizontale natrekkingsregeling in art. 5:20 lid 2 van het BW leidt dit ertoe dat het ontwikkelrecht van een warmtenet kan worden afgescheiden van de grondeigendom.

### **3 Voorbeelden van vergunningstoewijzing voor energieprojecten op basis van kwaliteit**

#### **3.1 Algemeen**

De titel van deze bijdrage suggereert reeds dat door het schaars maken van omgevingsvergunningen, de overheid meer beleidssturing kan geven dan thans het geval is. In deze paragraaf wordt dat inzichtelijk gemaakt door twee voorbeelden.<sup>15</sup> Deze voorbeelden hebben gemeen dat indien een vergunning schaars is - door de ontkoppeling van een ontwikkelrecht van de grondeigendom - de overheid ruimte kan creëren om, door middel van de keuze van een verdelingsprocedure, tegelijkertijd met de vergunningstoewijzing andere (dan zuiver ruimtelijke) beleidsdoelstellingen te realiseren. Concreet wordt dat gedaan door kwaliteiten van het verzochte project bepalend te laten zijn voor de ontwikkelaarskeuze. In het eerste voorbeeld wordt gekeken naar de mate waarin is verzekerd dat het project, te weten een windpark op zee, daadwerkelijk wordt gerealiseerd. In het tweede voorbeeld is de verdelingsprocedure zo ingericht dat de ontwikkelaar met het meeste aandacht voor participatie door de omgeving, het ontwikkelrecht verkrijgt. Beide beleidsdoelstellingen zouden niet kunnen meewegen indien bij vergunningstoewijzing uitsluitend ruimte zou bestaan voor ruimtelijke criteria.

Beide voorbeelden gaan uit van een verdeling op grond van een vergelijkende toets. Benadrukt zij dat wij in deze paragraaf niet ingaan op de vraag in hoeverre de bestaande

---

heroverwogen en gezien of en in hoeverre er een publieke taak ten aanzien van de aanleg en het beheer van warmtenetten nodig is. Zie in dit kader onder meer de Kamerbrief van EZK-minister Wiebes d.d. 13 februari 2019 (Kamerstukken II, 2018-2019, 30 196, nr. 616).

14 Zie ook art. 20 E-wet 1998 en art. 39a Gaswet.

15 Een in deze paragraaf niet besproken voorbeeld betreft dat van de gemeente Waalre. Volgens het bericht 'Gemeente Waalre tendert zonnepark via methode wind-op-zee' van 18 juni 2019 op [www.energiea.nl](http://www.energiea.nl) heeft de gemeente eigen grond gevonden waar een zonnepark kan worden geplaatst, daarvoor een omgevingsvergunning aangevraagd en met die vergunning vervolgens een SDE+-beschikking gekregen. Een en ander is vervolgens in een Europese aanbesteding aan de markt aangeboden.

wetgeving zo'n vergelijkende toets reeds mogelijk maakt voor schaarse omgevingsvergunningen.<sup>16</sup>

### **3.2 Vergunningverlening met borging daadwerkelijke projectrealisatie**

Vergunningverlening voor windparken op zee wordt geregeld in de Wet Windenergie op Zee ('Wet WoZ'). Deze wet regelt momenteel twee vergunningverdelingsprocedures: een procedure met subsidie en een vergelijkende toets.<sup>17</sup> Bij de procedure met subsidie wordt de vergunning verleend aan de aanvrager die het minste subsidie nodig heeft voor het windpark, per een aan het hoogspanningsnet geleverde eenheid elektriciteit.

Bij de vergelijkende toets worden verschillende aanvragen op kwalitatieve kenmerken met elkaar vergeleken. Op deze wijze zijn recent vier vergunningen, zonder subsidie, voor vier windparken in het zogenoemde gebied Hollandse Kust Zuid verdeeld. Per vergunning kan (en moet<sup>18</sup>) een windpark met een maximale capaciteit van 380 MW worden gebouwd. Hierna wordt op hoofdlijnen uitgewerkt hoe deze vier vergunningen zijn verleend. Bottomline daarbij is dat de overheid heeft gekozen voor een systeem waarin de (schaarse) vergunning wordt verleend aan degene die het meeste zekerheid geeft op daadwerkelijke exploitatie van het vergunde windproject.

De Wet WoZ onderscheidt het zogenoemde kavelbesluit en de vergunning. In het kavelbesluit wordt een gebied op zee aangewezen waar een windpark kan worden gebouwd. In dat kader wordt onder meer gekeken naar het milieubelang (zie art. 3 lid 3 onder b Wet WoZ). Na de aanwijzing van een kavel, kan een vergunning worden verdeeld (art. 13 onder a Wet WoZ). De vergunning verschaft aan de houder daarvan een exclusief recht om op het aangewezen kavel een windpark te bouwen en exploiteren (art. 12 jo. 13 onder b Wet WoZ). Artikel 24 van de Wet WoZ regelt de criteria die worden betrokken bij de (rangschikking voor de) vergunningverlening. Omdat het milieubelang al bij het kavelbesluit aan de orde is gekomen, wordt dat daarbij niet betrokken. Wel wordt gekeken naar (1) de kennis en ervaring van de betrokken partijen, (2) de kwaliteit van het ontwerp voor het windpark, (3) de capaciteit van het windpark en (4) de maatschappelijke kosten. Verder wordt (5) de kwaliteit van de inventarisatie en analyse van de risico's en (6) de kwaliteit van de maatregelen ter borging van kostenefficiëntie betrokken. Deze zes criteria zijn vervolgens nader uitgewerkt in een ministeriële regeling, zoals - het meest recent - de Regeling vergunningverlening windenergie op zee kavels III en IV Hollandse Kust (zuid) ('Regeling').

Naast een uitwerking van de zes criteria wordt in de Regeling een weging van de verschillende toetsingscriteria bepaald. Zo stelt de Regeling dat voor de zes criteria maxi-

16 Zie hierover Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in de voornoemde conclusie over windpark Zeewolde. Widdershoven bespreekt onder meer onder welke omstandigheden, onder huidig recht, gekozen kan worden voor verdeling op volgorde van ontvangst versus een vergelijkende toets (op basis van ruimtelijke criteria). Zie ook: C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', in: SEW 2018, nr. 7/8, p. 288-301.

17 In de toekomst zal dit worden uitgebreid met een vergelijkende toets met financieel bod en een veiling; zie Kamerstukken II, 2018 - 2019, 35 092, nr. 2 en 3. Dit blijft verder buiten beschouwing.

18 Zie art. 15, lid 1, Wet WoZ.

mum honderd punten aan een aanvraag kunnen worden toebedeeld. Zestig van de honderd punten kunnen worden toegekend aan criteria 5 en 6; dus aan de wijze waarop een aanvrager de projectrisico's beoordeelt en vervolgens mitigeert. In de praktijk komt het daarom erop neer dat de kwaliteit van het project en het projectplan uiteindelijk doorslaggevend zijn bij de toewijzing van de vergunning. Dit is het meest evident wat betreft het elektriciteitsprijrisico. Inherent aan de energietransitie is vooralsnog dat elektriciteitsprijzen in de toekomst minder voorspelbaar worden, zeker op de lange termijn waarvoor een windpark op zee wordt gebouwd. Bij de vergelijkende toets wordt zeer indringend beoordeeld hoe een aanvrager met dit risico omgaat; en wordt de wijze waarop de aanvraag het elektriciteitsprijrisico mitigeert afgezet tegen de andere aanvragen. Een achterliggende gedachte daarbij is dat naarmate het prijsrisico meer buiten het project wordt gelegd, er meer zekerheid bestaat dat het windpark daadwerkelijk wordt gerealiseerd. Voor de overheid is dat van wezenlijk belang, omdat windparken op zee essentieel zijn voor het behalen van de klimaat- en CO<sub>2</sub>-doelstellingen. Als gezegd, is het bovendien niet nodig om - bijvoorbeeld - het milieubelang een rol te laten spelen bij de toewijzing.

### **3.3 Vergunningstoewijzing aan het project met de beste omgevingsparticipatie**

De overheid kan ook meer beleidssturing geven door gebruik te maken van haar privaatrechtelijke eigendomspositie. Een voorbeeld daarvan is de aanbesteding van het windpark A16 bij Lage Zwaluwe door het Rijksvastgoedbedrijf ('RVB').<sup>19</sup> In die aanbesteding heeft de overheid, samen met een huurcontract voor de grond, aan de markt een omgevingsvergunning voor een windpark aangeboden. Het belangrijkste gunningscriterium in die aanbesteding was de wijze waarop de ontwikkelaar en exploitant de omgeving bij het project betrekken, onder meer door overlast te beperken. De vergunning is uiteindelijk toegewezen aan een partij die het meeste kwaliteit biedt voor de omgeving, onder meer door het voorkomen van heioverlast en slagschaduw in woningen, de keuze voor een stille windturbine en het aanbieden van een aantrekkelijk energieleveringscontract aan omwonenden. Naar onze indruk biedt de wijze waarop de verdelingsprocedure aldus is ingericht voor de omgeving meer waarborgen dan het omgevingsrecht met niet-schaarse vergunningen kan bieden. Zo bevat de regeling omtrent (het borgen van) participatie in de toekomstige Omgevingswet vooral procedurele waarborgen.<sup>20</sup> Wij denken dat met de opmerkingen over het grote belang van draagvlak en participatie in het (ontwerp) Klimaatakkoord<sup>21</sup> eerder een zekere sturing (bij de locatie- en ontwik-

---

19 Zie de informatie over windpark Streepland beschikbaar via overheidswebsite [www.biedboek.nl](http://www.biedboek.nl). Een ander voorbeeld betreft de aanbesteding van windpark Maasvlakte II door Rijkswaterstaat. Voor zover windparken op zee liggen in de territoriale zee, waar het BW wel gelding heeft, handelt de overheid, in het bijzonder het RVB, eveneens vanuit haar privaatrechtelijke eigendomspositie. Verder zij in dit kader vermeld dat Rijkswaterstaat, RVB en de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland momenteel een proef uitvoeren voor het tenderen van duurzame-energieprojecten op overheidsgrond. Zie daarover het bericht "Overheid start proef met duurzame energie op eigen grond" van 15 maart 2019 op [www.energeia.nl](http://www.energeia.nl).

20 Zie ook M.A.M. Dieperink, Participatie in de Omgevingswet; Symboolwetgeving of effectieve prikkel voor een andere projectaanpak? Vereniging voor Milieurecht (VMR) 2016.

21 Zie het ontwerp van het Klimaatakkoord d.d. 21 december 2018.

kelaarskeuze) wordt beoogd, dan slechts procedurele waarborgen. In dat licht bezien zou het schaars maken van een vergunning en het opzetten van een procedure waarbij de mate van draagvlak en participatie een rol speelt bij de vergunningstoewijzing van toegevoegde waarde kunnen zijn.

## **4 Verhouding tot 'klassieke' omgevingsvergunning-verlening**

Zoals aangegeven in par. 1.1, betoogde Jan eerder dat de koppeling van een (ontwikkelrecht voortvloeiend uit een) omgevingsvergunning aan het eigendomsrecht op grond, meebrengt dat omgevingsvergunningen in beginsel niet schaars zijn. Die koppeling volgt ons inziens primair uit het BW dat regelt wie grondeigenaar is, en dat de grondeigenaar het meest omvattende recht op de zaak heeft. Het is hierom aan de grondeigenaar om te bepalen wie welke activiteit op zijn grond verricht, uiteraard tenzij de wet anders bepaalt (bijvoorbeeld via de eerdergenoemde Bpr).

Bestuursrechtelijk werkt een en ander door via het begrip 'aanvraag' in de Awb (art. 1:3, lid 3, Awb). Een aanvraag is een verzoek van een *belanghebbende* om een besluit te nemen. Dat betekent ook dat een niet-belanghebbende géén aanvraag kan doen.<sup>22</sup> In de rechtspraak - die met name in het verleden is gevormd rond de aanvraag om een bouwvergunning - is eerder uitgemaakt dat degene die niet de eigendom van het perceel of het gebouw heeft, in beginsel geen belang heeft in de zin van art. 1:2 Awb, en aldus geen aanvraag kan doen.<sup>23</sup> Zonder eigendom, geen aanvraag. Of meer precies: zonder grondpositie (eigendom of afgeleid (zakelijk) recht), geen aanvraag, want inmiddels zijn door de Afdeling verschillende nuanceringen aanvaard. Zo oordeelde de Afdeling in een uitspraak van 26 september 2007 dat ook een huurder een aanvraag om bouwvergunning kan indienen.<sup>24</sup> Dat is zelfs het geval wanneer de huurder (nog) geen toestemming van de verhuurder heeft om te bouwen, omdat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat deze die toestemming alsnog krijgt.<sup>25</sup> En ook wanneer het bouwplan gedeeltelijk is voorzien op gronden van derden, neemt de Afdeling aan dat een grondeigenaar een aanvraag kan doen.<sup>26</sup> De Afdeling neemt aldus inmiddels tot uitgangspunt dat de aanvrager van een (omgevings-)vergunning belanghebbende is bij een beslissing op die aanvraag, tenzij aannemelijk is dat zijn plan nimmer kan worden verwezenlijkt. Daarmee neemt de Afdeling dus al snel belanghebbendheid van de aanvrager aan, maar wél is steeds enige aanspraak op een grondpositie vereist.<sup>27</sup>

---

22 En dat het negatieve antwoord op zijn verzoek om een besluit te nemen, geen besluit is; zie: ABRvS 5 september 2001, JB 2001/271.

23 Zie ABRvS 29 juni 2005, AB 2005/280 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

24 Zie ABRvS 26 september 2007, JB 2007/221.

25 Zie ABRvS 28 oktober 2009, JB 2010/3 m.nt. T.E.P.A. Lam; zie in die zin ook ABRvS 5 december 2012, JB 2013/9 m.nt. D.G.J. Sanderink en L.J.M. Timmermans.

26 Zie ABRvS 28 oktober 2009, JB 2010/2 m.nt. T.E.P.A. Lam.

27 Naar onze indruk komt het in de praktijk overigens voor dat de architect of aannemer de vergunning namens de opdrachtgever aanvraagt en verkrijgt, maar zonder dat dit expliciet uit de aanvraag blijkt, en ook wel dat een toekomstige ontwikkelaar reeds vergunning aanvraagt en verkrijgt voordat zijn grondpositie civielrechtelijk is geformaliseerd.

Terugkerend op de in paragraaf 2 genoemde gevallen waarin de wet een werk als openbaar werk van algemeen nut onder de Bpr erkent, kan overigens de vraag worden gesteld wat die erkenning betekent voor het kunnen doen van een aanvraag. Alhoewel de Afdeling zich daarover bij ons weten nog niet heeft gebogen, zou op grond van de hierboven genoemde jurisprudentie in theorie kunnen worden verdedigd dat een ieder een dergelijke aanvraag kan doen, ook op gronden van een derde, omdat reeds vanwege die erkenning niet aannemelijk is dat het bouwplan nimmer kan worden verwezenlijkt.

Maar hoe dit ook zij, de beschreven koppeling van een (ontwikkelrecht voortvloeiend uit een) omgevingsvergunning aan de grondeigendom, maakt dat de overheid in beginsel uitsluitend de keuze heeft of en onder welke voorwaarden een bepaalde activiteit wordt uitgevoerd, maar niet wie die activiteit mag uitvoeren. Zo kan wat betreft de omgevingsvergunning milieu dus niet meewegen of de aanvrager de activiteit het beste kan uitvoeren, bijvoorbeeld onder de voor de omgeving meest aantrekkelijke condities (bijvoorbeeld de minste vervuiling per geproduceerde eenheid). Voldoende is dat de aanvrager zijn activiteit verricht binnen de milieuhygienische randvoorwaarden die daarvoor gelden.<sup>28</sup>

## **5 Verhouding tot het eigendomsrecht**

Bezien vanuit het eigendomsrecht spreekt de klassieke omgevingsvergunningverlening voor zich. De grondeigenaar is immers de houder van het meest omvattende recht op de zaak, en zijn positie wordt beschermd door het nationale eigendomsrecht en door artikel 1 EP EVRM en artikel 17 Handvest. Met dat recht mag vanzelfsprekend niet lichtvaardig worden omgesprongen, en genoemde bescherming zal meebrengen dat de met een ont koppeling geconfronteerde eigenaar in beginsel zal moeten worden gecompenseerd voor de inbreuk op zijn eigendomsrecht. Dat gegeven staat er echter niet aan in de weg dat de wetgever in voorkomend geval niettemin in (een vorm van) ont koppeling voorziet, zoals de eerder genoemde voorbeelden laten zien.

Zoals aangegeven in § 1, kan een omgevingsvergunning schaars worden gemaakt door een ont koppeling van het ontwikkelrecht van de grondeigendom, hetgeen in overeenstemming moet zijn met de juridische bescherming die het eigendomsrecht geniet. Eerder concludeerde de toenmalige minister van VROM, thans Infrastructuur en Waterstaat, om niet tot een generieke ont koppeling te komen, juist vanwege die bescherming van het eigendomsrecht.<sup>29</sup> Die conclusie kan naar onze mening om meerdere redenen niet als vaststaand worden aangenomen.

Ten eerste ging de destijds getrokken conclusie ten principale over (een afschaffing van) het zogenoemde zelfrealisatierecht. Daaraan lag een generieke analyse van de positie van het zelfrealisatierecht ten opzichte van het eigendomsrecht ten grondslag, welke analyse

---

28 Zoals de van toepassing zijnde beste beschikbare technieken.

29 Zie de Kamerbrief van de toenmalige minister van VROM d.d. 16 juni 2006, Kamerstukken II, 2005 - 2006, 27 581, nr. 26 herdruk en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek van Mellenbergh en Schueller, zie R. Mellenbergh & B.J. Schueller, *Advies inzake de mogelijkheid tot afschaffing van het zelfrealisatierecht in verband met artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM); advies uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, Amsterdam: UvA 2006.

op zichzelf niet per definitie in de weg staat aan de in deze bijdrage bedoelde ontkoppeling. De toenmalige minister van VROM overwoog dat zo'n ontkoppeling weliswaar gecompliceerd is, maar niet dat die juridisch onmogelijk is.<sup>30</sup> De voorbeelden in § 2 tonen naar onze mening bovendien aan dat reeds uitzonderingen (op het zelfrealisatierecht) bestaan. Dat is in lijn met ons pleidooi in deze bijdrage, dat er samengevat op neer komt dat voor specifieke situaties, zoals duurzame-energie- en andere transitieprojecten, moet worden onderzocht in hoeverre de bedoelde ontkoppeling mogelijk en wenselijk is, gegeven de sturingsmogelijkheden die daardoor kunnen worden gecreëerd. Daarbij zij benadrukt dat juist voor zulke energieprojecten in algemene zin een zogenoemd meervoudig ruimtegebruik wordt voorgestaan.<sup>31</sup> Dat impliceert naar onze mening dat dan een volledige eigendomsverwerving niet nodig hoeft te zijn voor het realiseren en exploiteren van het betrokken project.<sup>32</sup>

Ten tweede merken wij op dat het nadenken over een ontkoppeling past in een bredere trend over denken over de betekenis van het eigendomsrecht.<sup>33</sup> Bij wijze van voorbeeld: de circulaire economie vormt, naast de energietransitie, een belangrijke pijler om klimaatverandering aan te pakken. En juist binnen een circulaire economie lijkt op een andere wijze tegen het eigendomsrecht te worden aangekeken. 'Access over ownership' vormt de crux van nieuwe verdienmodellen, die beogen de toegang tot een product voor de gebruiker te borgen, maar de verantwoordelijkheid voor milieuvriendelijk gebruik (waaronder een zorgvuldig grondstoffengebruik) bij de fabrikant te houden; eigendom speelt daarbij een belangrijke rol.<sup>34</sup> Ook in het nadenken over zulke verdienmodellen in een circulaire economie wordt het eigendomsrecht in voorkomend geval als belemme-

30 Volledigheidshalve zij erop gewezen dat destijds vooral om politieke redenen en niet om strikt juridische redenen is besloten tot het niet-doorvoeren van de bedoelde ontkoppeling. De toenmalige minister van VROM heeft daartoe overwogen in voornoemde brief: "Ik kom hiertoe omdat ik tegenstander ben van de invoering van een (afdwingbaar) systeem van ontwikkelingsrechten. Ik wordt [sic] daarin ondersteund door de onderzoekers die aangeven dat het invoeren van ontwikkelingsrechten naar verwachting een gecompliceerde operatie is, die de nodige uitvoeringsbepalingen en flankerende regelgeving vereist, en die afhankelijk van de uitvoering grote complicaties in de sfeer van de schade-loosstelling met zich zal brengen." (Kamerstukken II, 2005 - 2006, 27 581, nr. 26 herdruk, p. 4-5).

31 Zie hieromtrent bijvoorbeeld het ontwerp van het Klimaatakkoord d.d. 21 december 2018.

32 Zie ook ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1719, r.o. 3.2: "Artikel 5.24 van de Waterwet bepaalt dat de gedoogplicht slechts mag worden opgelegd wanneer de belangen van rechthebbenden onteigening niet vorderen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2894), is voor het antwoord op de vraag of de belangen van een rechthebbende onteigening vorderen, de voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk benodigde grondoppervlakte in verhouding tot het totale grondoppervlak van de rechthebbende van belang. Voorts is van belang of zich bijzondere omstandigheden voordoen, zoals de omstandigheid dat de bruikbaarheid van de rest van een perceel vermindert als gevolg van de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk op een gedeelte van dat perceel."

33 Zie onder meer het preadvies van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie uit 2016, B. Akkermans, S.E. Bartels en J.H.M. van Erp (e.a.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Over vernieuwingen in het zakenrecht, Sdu, Den Haag 2016, en het themanummer *Vervolg 'Boek 5 BW van de toekomst'* van WPNR 2019, nr. 7227.

34 Waarom, bijvoorbeeld, zou de gebouweigenaar per se de eigendom moeten hebben van de in zijn gebouw aanwezige liftgroep, waarvan de fabrikant het beste zal weten hoe die het meest milieuvriendelijk te exploiteren? De gebouweigenaar is het 'slechts' om het verticaal personenvervoer tussen etages te doen, daar waar behoud van eigendom de liftgroepprofitant kan bewegen zijn product zodanig te ontwerpen en onderhouden dat zulk vervoer tegen de laagste milieubelasting (bijvoorbeeld energieverbruik, of grondstoffengebruik vanwege reparaties, etc.) geschiedt.

rend ervaren.<sup>35</sup> En de rechtspraak denkt ook hier creatief na over hoe om te gaan met beperkingen vanwege het eigendomsrecht, en in hoeverre dat recht een andere invulling zou moeten krijgen.<sup>36</sup>

## 6 Conclusie

Wij komen terug op de vraag of het omgevingsrecht toe is aan een herijking, zodanig dat er meer ruimte ontstaat om een omgevingsvergunning te verlenen aan de persoon die de betrokken activiteit het beste kan uitvoeren, en die dus niet per se al enige positie heeft ten aanzien van de grond waarop die activiteit zal plaatsvinden. Wij menen dat er tenminste alle aanleiding bestaat om dit grondig te onderzoeken. De voorbeelden in de praktijk - en dan in het bijzonder die rond de ontwikkeling van windenergie op zee - zijn té succesvol, en de grote opgaven waarvoor de maatschappij staat - klimaatverandering, energietransitie - té groot, om dat niet te doen. Door het ontwikkelrecht te ontkoppelen van de grondpositie, wordt de vergunning schaars gemaakt. Daarmee unnen sturingsmogelijkheden ontstaan voor de overheid die anders niet bestaan, maar van groot belang zouden kunnen zijn om grote maatschappelijke opgaven als klimaatverandering en de daartoe vereiste energietransitie aan te pakken.

Uiteraard zou zo'n ont koppeling met grote zorgvuldigheid moeten geschieden. Dat de ontwikkeling van windenergie op zee in zo korte tijd zo succesvol kon worden, komt naar onze indruk mede omdat in de EEZ het BW niet geldt. Om eigendom en de bescherming die het nationale en internationale recht daaraan bieden, hoefde de wetgever zich bij de totstandkoming van de Wet windenergie op zee niet te bekommeren. Bij projecten op land ligt dit ontegenzeggelijk anders, en de verhouding tot de bescherming van het eigendomsrecht zal dus goed moeten worden onderzocht. Dat geldt ook voor de vraag of niet eenzelfde resultaat als met een ont koppeling kan worden bereikt door de grondpositie eerst te onteigenen, en daarna de grondeigendom met het ontwikkelrecht van overheidswege weer te verdelen. Wij verwachten evenwel dat voor energieprojecten - met name wanneer meervoudig ruimtegebruik mogelijk is - een ont koppeling praktische voordelen kan hebben.

## 7 Jan

Onderzoek als hiervoor door ons bepleit, zou uiteindelijk worden uitgevoerd met het oog op het verbeteren van de kwaliteit van de leefomgeving. Dat is een onderwerp waarvoor Jan veel onderzoek heeft verricht. Maar zelfs als zo'n verbetering niet zou worden gerealiseerd, zou er tenminste sprake zijn van een puik stukje juridisch-wetenschappelijk onderzoek. Met dat laatste - het wetenschappelijke gehalte van de rechtsgeleerdheid -

---

35 Hoe bijvoorbeeld in voornoemd voorbeeld om te gaan met de situatie dat de gebouweigenaar failliet, en de liftgroep door natrekking in de faillissementsboedel valt?

36 Waarover A.J. Mes, H.D. Ploeger en B.A.M. Jansen, 'Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht', in B. Akkermans, S.E. Bartels en J.H.M. van Erp (e.a.), *Boek 5 BW van de toekomst, Over vernieuwingen in het zakenrecht* (preadvies van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Sdu: Den Haag 2016. Zie ook B. Hoops, 'Het recht en de transitie naar duurzaam wonen', in: B. Akkermans, J.W. Beijck en A.G. Bregman (e.a.), *Duurzaam wonen* (preadvies van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Sdu: Den Haag 2019.

heeft Jan zich de afgelopen jaren met name bezig gehouden. Ondertussen bleef er bij Jan veel ruimte voor nuchterheid, over de mogelijkheden van het omgevingsrecht en de wetenschapsbeoefening ervan, en verder over vrijwel alles. En ook alle ruimte voor oprechte betrokkenheid en warme vriendschap. Wij mogen ons daar allebei in verheugen. Dankjewel Jan.





# De Noordzee als wingebied voor windenergie

*Mr. A. Ch. (Arnoud) Fortgens*

De eerste keer dat ik Jan ontmoette, was op een bijeenkomst die ik georganiseerd had voor een groep vakgenoten op het provinciehuis in Den Bosch, ergens halverwege de jaren '80. Hij had zich laten uitnodigen om een presentatie te geven over mogelijkheden om de VNG-bedrijfslijst digitaal te bewerken, in die tijd een opzienbarend idee, tien jaar later alweer heel gewoon. Daarna zagen we elkaar regelmatig op studiebijeenkomsten, en altijd weer even plezierig. Hoogtepunten waren uiteraard bijeenkomsten, twee keer per jaar, van de DKK.<sup>1</sup> Daarbij is veel aan de orde geweest: ambitieuze wetgevingsprojecten, onbegrijpelijke jurisprudentie en ontwikkelingen op het wereldtoneel. Dit leidde nooit tot samenloopproblemen<sup>2</sup>, maar wel tot hilarische momenten. Ook genoten wij - naast uitweidingen over zijn academische beslommingen - van zijn verhalen over zijn fietsprestaties in de Franse Alpen.

Eén onderwerp is echter nooit aan de orde geweest, de ontwikkelingen op de Noordzee. Om in deze leemte te voorzien lijkt het mij een goed idee om enkele actuele zaken daaromtrent hier te bespreken.

## 1 De Noordzee in verandering

De Noordzee verandert in hoog tempo: de komende jaren groeit het aantal windparken op zee snel. Dat is een onontkoombare ontwikkeling, ook Nederland streeft ernaar het aandeel duurzaam opgewekte energie te vergroten. Omdat de ruimtelijke mogelijkheden op land beperkt zijn, worden er steeds meer windparken op de Noordzee gebouwd. Dit is een enorme infrastructurele operatie waarbij de spanning tussen de verschillende functies van de Noordzee sterk vergroot wordt. Natuurbeheer, scheepvaart, visserij, gas en oliewinning, zandwinning voegen zich niet zonder meer tot een houdbaar geheel met windparken op zee. Deze beoogde forse groei<sup>3</sup> maakt het noodzakelijk om voor de korte én langere termijn tot een zorgvuldige afweging te komen.

In deze bijdrage behandel ik achtereenvolgens van de rechtsmacht over de Noordzee (par. 2), het windenergiebeleid inzake de Noordzee (par. 3) en een *lex specialis*: Wet windenergie op zee, inclusief het ontwikkelkader en uitvoering in de praktijk (par. 4).

---

1 DKK staat voor *De Kleine Kaart*, een kleinschalig genootschap van bevriende vakgenoten.

2 Zoals die wel werden veroorzaakt door de toenmalige gebrekkige coördinatie van bouw- en milieuvergunning die Jan in zijn proefschrift *Verwant zonder verband*, Deventer 1993, uitgebreid aan de orde stelde.

3 Mogelijk zal rond 2050 zo'n 20% van de oppervlakte van de Nederlandse Noordzee door windparken worden bezet, tegen minder dan 0,5% op dit moment.

Ik eindig met enkele afsluitende opmerkingen (par. 5). Vanwege op de beperkte omvang van deze uitgave worden deze onderwerpen slechts op hoofdlijnen behandeld.

## **2 Rechtsmacht over de Noordzee**

### **2.1 Maritieme zones**

Het recht van de zee is grotendeels neergelegd in het *Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee* (hierna: VN-zeerechtverdrag)<sup>4</sup>. Op grond van dit verdrag bestaat de Noordzee in zijn geheel uit gebieden die binnen de rechtsmacht van de kuststaten (allen partij bij dit verdrag) vallen. Aldus oefenen de Noordzeekuststaten elk hun rechtsmacht uit over een aangewezen deel van de Noordzee.<sup>5</sup>

Het VN-zeerechtverdrag onderscheidt verschillende maritieme zones. Voor de Noordzee zijn dat in het bijzonder de territoriale zee (Deel II) en de exclusieve economische zone (Deel V). Daarnaast zijn er nog diverse andere zones waar een kuststaat specifieke bevoegdheden kan vestigen met het oog op bijvoorbeeld visserij, douanecontrole of archeologische monumenten op de zeebodem.

De maritieme zones zijn op verschillende manieren afgebakend. Grenzen met andere staten zijn in het algemeen afgesproken bij verdrag, zoals de Nederlandse grenzen die zijn overeengekomen met Duitsland en België. Daarnaast is er een geografische en volkenrechtelijke begrenzing van de rechtsmacht van een staat via de zee en de lucht.

### **2.2 Nederlandse territoriale zee**

Aan de zeezijde strekt de territoriale rechtsmacht zich uit tot 12 zeemijl (= 22,224 km) vanaf de laagwaterlijn langs de kust (Deel II, Afdeling 2 VN-zeerechtverdrag). De Nederlandse territoriale zee is nader vastgesteld in de *Wet van 9 januari 1985, houdende vaststelling van de grenzen van de territoriale zee van Nederland*, *Stb.* 1985, 129.

De territoriale zee is het gebied waar de kuststaat evenveel juridisch gezag heeft als op het land. De Nederlandse wet- en regelgeving is rechtstreeks van toepassing op de territoriale zee voor zover niet specifiek anders is bepaald. Het VN-zeerechtverdrag kent enkele beperkingen op de volledige rechtsmacht zoals het recht op 'onschuldige doorvaart' voor scheepvaartverkeer uit alle staten (art. 17 VN-zeerechtverdrag).

#### *Bestuurlijke zones binnen de territoriale zee*

Het gemeentelijk en provinciaal grondgebied strekt zich uit tot een beperkt gedeelte vanuit de Noordzeekust. Meestal is dit een kilometer uit de kust, daarom ook wel de

---

4 *Trb.* 1983, 83 (Engelse tekst) en *Trb.* 1984, 55 (Nederlandse tekst). Het VN-zeerechtverdrag is op 16 november 1994 in werking getreden. Voor Nederland is het verdrag op 28 juli 1996 in werking getreden.

5 In het rapport *Beleid en regelgeving informatiesysteem Noordzee* (BREIN), Utrecht 2018, opgesteld door prof. dr. A.G. Oude Elfering ten behoeve van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, vindt men een overzicht van nationale regelgeving en beleidsinstrumenten, convenant, alsmede verdragen en EU-instrumenten die relevant zijn voor de planvorming en het beheer van het Nederlandse deel van de Noordzee.

‘kilometerzone’ genoemd; op sommige punten strekt dit gebied zich uit tot vijf kilometer uit de kust.<sup>6</sup>

De rol van de kustgemeenten en -provincies is binnen de ‘kilometerzone’ niet anders dan op het vaste land. Buiten de kilometerzone spelen kustgemeenten en -provincies geen formele bestuurlijke rol. Wel kan een kustgemeente direct belanghebbend zijn bij de aanleg van een windpark op zee, bijvoorbeeld in verband met mogelijke uitzichtszwaren. Ook kan een kustgemeente daarbij (meer indirect) betrokken zijn, omdat op het land voorzieningen moeten worden getroffen ten behoeve van het elektriciteitstransport, zoals het aanleggen van een gedeelte van de kabel voor het energietransport en het punt, waar de kabel aansluit op het landelijke elektriciteitsnet.

#### *Eigendomsrechten binnen de territoriale zee*

Op grond van art. 5:25 BW is de bodem van de territoriale zee (en van de Waddenzee) eigendom van de Staat. Vanaf de landzijdige begrenzing van de territoriale zee (de laagwaterlijn) geldt dat de stranden der zee tot aan de duinvoet vermoed worden eigendom van de Staat te zijn (art. 5:26 BW).

### **2.3 Nederlandse exclusieve economische zone**

Het VN-zeerechtverdrag biedt kuststaten de mogelijkheid om aansluitend aan de territoriale zee tot 200 zeemijl uit de kust een exclusieve economische zone (EEZ) in te stellen. Binnen de EEZ hebben kuststaten slechts rechtsmacht voor zover dat is geregeld in het VN-zeerechtverdrag (art. 55). Van volledige rechtsmacht is derhalve geen sprake.

#### *Omvang Nederlandse EEZ*

Nederland heeft een exclusieve economische zone ingesteld dat zich uitstrekt voorbij de Nederlandse territoriale zee.<sup>7</sup> In verband met de nabijheid van de andere Noordzeekuststaten strekt de EEZ zich niet uit tot de maximale 200 zeemijl zoals toegestaan onder het VN-Zerechtverdrag. De buitengrens van de Nederlandse EEZ komt overeen met de grens van het Nederlands deel van het continentaal plat.<sup>8</sup> Dit laatste omvat het onder de Noordzee gelegen deel van de zeebodem en de ondergrond daarvan, gelegen buiten de Nederlandse territoriale zee. De buitengrens is bepaald door grensverdragen die gesloten zijn met België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.

6 De kilometerzone is bepaald door middel van coördinaten bij *Wet van 2 november 1990, houdende regeling provincie- en gemeentegrenzen langs de Noordzeekust van de gemeente Den Helder tot en met de gemeente Sluis en wijziging van de Financiële-Verhoudingswet 1984*, Stb. 1990, 553. Bij de Maasvlakte is de grens vastgesteld op 3 kilometer. Zie verder ook de *Wet van 8 december 1980 tot provinciale indeling van de Waddenzee*, Stb. 1980, 670, en de *Wet van 12 december 1985 tot gemeentelijke indeling van de Waddenzee*, Stb. 1985, 648.

7 Bij *Rijkswet van 27 mei 1999 tot instelling van een exclusieve economische zone van het Koninkrijk (Rijkswet instelling exclusieve economische zone)*, Stb. 281, in werking getreden met ingang van 28 april 2000.

8 Aldus bepaald in het *Besluit houdende vaststelling van de grenzen van de exclusieve economische zone van Nederland en tot inwerkingtreding van de Rijkswet instelling exclusieve economische zone*, Stb. 2000, 167.

*Soevereine rechten en rechtsmacht in de EEZ*

De bevoegdheden van de kuststaat in de EEZ zijn geregeld in het VN-zeerechtverdrag (art. 56). Het verdrag kent soevereine rechten toe *'ten behoeve van de exploratie en exploitatie, het behoud en het beheer van de natuurlijke rijkdommen, levend en niet-levend, van de wateren boven de zeebodem en van de zeebodem en de ondergrond daarvan, en met betrekking tot andere activiteiten voor de economische exploitatie en exploratie van de zone, zoals de opwekking van energie uit het water, de stromen en de winden'* (art. 56, lid 1, sub a).

Daarnaast kan rechtsmacht worden ingesteld ten behoeve van: (i) de bouw en het gebruik van kunstmatige eilanden, installaties en inrichtingen, (ii) wetenschappelijk zeeonderzoek en (iii) de bescherming en het behoud van het mariene milieu (art. 56, lid 1, sub b).

*Kunstmatige eilanden, installaties en inrichtingen in de EEZ*

VN-zeerechtverdrag geeft een nadere invulling aan de bevoegdheid om kunstmatige eilanden, installaties en inrichtingen in de EEZ te bouwen en te gebruiken (art. 60 VN-zeerechtverdrag). De bevoegdheid om dit te reguleren is exclusief aan de kuststaat toebedeeld. Het betreft kunstmatige eilanden en installaties en inrichtingen die zijn bestemd voor economische doeleinden, als bedoeld in art. 56 VN-zeerechtverdrag of anderszins (art. 60, lid 1 VN-zeerechtverdrag). Men kan denken aan boorplatforms ten behoeve van olie- en gaswinning en windturbines. Rondom de eilanden en installaties kan de kuststaat veiligheidszones instellen, waarbinnen passende maatregelen genomen kunnen worden ter verzekering van de veiligheid van zowel de scheepvaart als van de kunstmatige obstakels (art. 60, lid 4 VN-zeerechtverdrag).

*Beperkingen inzake de toepasselijkheid van Nederlandse wetgeving*

Regulering is slechts mogelijk is voor wat betreft de in het VN-zeerechtverdrag geregelde bevoegdheden. Voorts is Nederlandse wet- en regelgeving slechts van toepassing in de EEZ voor zover dat in desbetreffende regeling is bepaald. Bovendien dienen de rechten en plichten van alle andere staten in de EEZ te worden gerespecteerd, hetgeen de facto de bevoegdheid van de kuststaat beperkt. De te respecteren rechten zijn opgesomd in VN-zeerechtverdrag (art. 58). Ingevolge het VN-zeerechtverdrag zijn alle staten gerechtigd onderzeese kabels en pijpleidingen op het continentaal plat te leggen (art. 79).

*Eigendomsrechten in de exclusieve economische zone*

Binnen de EEZ is het BW niet van toepassing. Aldus behoort de zeebodem aan niemand toe met uitzondering van delfstoffen, die eigendom van de staat zijn<sup>9</sup>. Mitsdien is het niet nodig (en ook niet mogelijk) dat de vergunninghouder van installaties zoals windturbines een recht van opstal vestigt. Uiteraard kan er ook geen sprake zijn van verticale natrekking.

---

<sup>9</sup> Zoals bepaald in art. 3, lid 1 Mijnbouwwet.

### 3 Windenergiebeleid inzake de Noordzee

#### 3.1 Generieke omgevingsplannen (Wet ruimtelijke ordening en Waterwet)

De Wet ruimtelijke ordening (Wro) strekt zich uit tot het Nederlandse grondgebied met inbegrip van de territoriale zee en de exclusieve economische zone (art. 1.1 Wro). De Wro voorziet in structuurvisies op rijksniveau, op provinciaal niveau en op gemeentelijk niveau (Hoofdstuk 2 Wro). Deze structuurvisies bevatten de hoofdlijnen van de voorgenomen ontwikkeling van het betrokken gebied. De Wro onderscheidt twee soorten structuurvisies. De eerste is een structuurvisie die primair wordt opgesteld voor een gebied. De tweede is de zogenaamde aspectstructuurvisie waarin afzonderlijke aspecten van het ruimtelijk beleid worden uitgewerkt.

De visie van de rijksoverheid op het algemene beleid ten aanzien van de ruimtelijke ordening is vastgelegd in de *Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte*, vastgesteld op 13 maart 2012. Als een van de ruimtelijke nationale opgaven wordt het aanwijzen van ruimte voor windenergie op zee genoemd (p. 87). Uitwerking vindt plaats in een aspectstructuurvisie, de *Rijksstructuurvisie Windenergie op Zee*, zie hierna.

De Waterwet (Ww) verschaft een integraal juridisch kader voor het waterbeheer in Nederland, inclusief het gehele Nederlandse deel van de Noordzee. Deze wet is mede van toepassing op de territoriale zee (art. 1.2, lid 1 Ww) en de EEZ (art. 1.4 Ww). Omdat de Noordzee duidelijk verschilt van andere Nederlandse watersystemen door haar omvang en de specifieke internationale regels die van toepassing zijn en vanwege de vergaande concentratie op rijksniveau van Nederlandse bestuurlijke bevoegdheden bevat de Ww in diverse hoofdstukken specifieke bepalingen voor de Noordzee.

De Waterwet verplicht het Rijk tot de vaststelling van een nationaal waterplan waarin de hoofdlijnen worden vastgelegd van het nationale waterbeleid en de daartoe behorende aspecten van het nationale ruimtelijke beleid. Het is daarmee tevens een zgn. aspectstructuurvisie (art. 4.1, lid 1, tweede volzin Ww). In het nationale waterplan dient onder meer het Noordzeebeleid te worden opgenomen (art. 4.1, lid 3, onder b Ww). Aldus is op 14 december 2015 vastgesteld het *Nationaal Waterplan 2016-2021* (NWP2, als opvolger van het NWP 2009-2015, NWP1). Daarin is ervoor gekozen een beperkt aantal grote windenergiegebieden als zoekgebieden aan te wijzen. Dit beleid is uitgewerkt in de *Beleidsnota Noordzee 2016-2021*.

#### 3.2 Structuurvisie Windenergie op zee

Op 26 september 2014 is de *Rijksstructuurvisie Windenergie op Zee* vastgesteld.<sup>10</sup> Daarin zijn de windenergiegebieden Hollandse Kust en Ten Noorden van de Waddeneilanden aangewezen, zoals eerder als zoekopdracht aangekondigd in het NWP2. Concreet 'aanwijzen' betekent dat de exacte begrenzing wordt vastgesteld van gebieden waarbinnen windenergie op zee mogelijk is. Buiten de aangewezen gebieden geeft het Rijk geen

10 *Kamerstukken I/III 33 561*, nr. A/nr. 11, *Rijksstructuurvisie Windenergie op Zee*. Daarmee is ook het toenmalige *Nationaal Waterplan 2009-2015* gewijzigd.

toestemming voor het bouwen van windparken. Voor de aangewezen gebieden geldt dat er nog vraagstukken spelen ten aanzien van afstemming met andere gebruiksfuncties en met het mariene ecosysteem, die mogelijk de ruimte voor windenergie op zee zullen reduceren. Op 7 december 2016 zijn twee aanvullende windenergiegebieden voor de Hollandse Kust aangewezen.

## 4 Een lex specialis: Wet windenergie op zee<sup>11</sup>

### 4.1 Achtergronden en opzet van de Wet windenergie op zee

Met ingang van 1 juli 2015 is een specifieke wet in werking getreden, de *Wet van 24 juni 2015, houdende regels omtrent windenergie op zee (Wet windenergie op zee)*, Stb. 261. Deze wet is mede van toepassing in de Nederlandse exclusieve economische zone (art. 2). Volgens de wetgever was het voorheen bestaande wettelijk kader niet bevorderlijk voor snelle realisatie van windparken op zee. Het kende een aantal tekortkomingen zoals het ontbreken van een koppeling tussen de toestemming om een windpark op zee aan te leggen en de verlening van subsidie, onvoldoende sturingsmogelijkheden op de uitgifte van locaties voor nieuwe windparken en lange doorlooptijden tussen de vergunningaanvraag en realisatie van een windpark.<sup>12</sup> Aldus heeft de wetgever ervoor gekozen het nieuwe wettelijk kader voor windenergie op zee vorm te geven in een zelfstandige wet. Sinds november 2018 loopt een wetswijziging om de procedures voor de vergunningverlening uit te breiden en om in te spelen op de situatie dat windenergie op zee steeds minder of geen subsidie meer nodig heeft.<sup>13</sup>

### 4.2 Kavelbesluiten

De minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) kan, in overeenstemming met de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkszaken (BZK), een kavelbesluit kan nemen (art. 3, lid 1). De wet voorziet niet in een procedure waarin marktpartijen de ministers kunnen verzoeken een kavelbesluit te nemen. Een kavel kan slechts worden aangewezen binnen gebieden die in het nationaal waterplan, bedoeld in art. 4.1 Waterwet, zijn aangewezen als voor windenergie geschikte gebieden (art. 3, lid 2, eerste volzin). Voorts wordt het tracé voor de aansluitverbinding tussen het windpark en het aansluitpunt op een net niet verder aangewezen dan binnen de Nederlandse territoriale zee (art. 3, lid 2, tweede volzin).

De wet regelt welke belangen betrokken worden bij de afweging tot het nemen van een kavelbesluit, te weten - de vervulling van maatschappelijke functies van de zee, waaronder ook worden begrepen het belang van een doelmatig ruimtegebruik; - de gevolgen van een aanwijzing voor derden; - het milieubelang, waaronder het ecologisch belang; - de kosten om een windpark in het gebied te realiseren en tenslotte - het belang van een doelmatige aansluiting van een windpark op een net (art. 3, lid 3). Wat betreft

---

11 Zie voor een uitgebreid commentaar over deze wet de online uitgave *Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, onder *Wet windenergie op zee*, verzorgd door auteur dezes.

12 Aldus de MvT, *Kamerstukken II* 34 058, nr. 3, p. 2 en 5-6.

13 *Kamerstukken II* 35 092, nr. 1-4.

de natuurtoets bevat de wet specifieke bepalingen over de toepasselijkheid van de Wet natuurbescherming (art. 5 en 7). Op de voorbereiding van een kavelbesluit is afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Zienswijzen kunnen naar voren worden gebracht door een ieder (art. 3, lid 4).

Omdat een kavelbesluit zich tot een ieder richt, zal een kavelbesluit bekend worden gemaakt door kennisgeving van het besluit of de zakelijke inhoud daarvan in de Staatscourant (art. 3:42, lid 1, Awb). Tegen een kavelbesluit (en tegen een wijziging daarvan) staat beroep in één instantie bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State open, dit op grond van Hoofdstuk 2 van bijlage 2 Awb. Om de procedures tegen het vaststellen van een kavelbesluit te versnellen is Hoofdstuk 1, afdeling 2, Crisis- en herstelwet is van overeenkomstige toepassing op een kavelbesluit (art. 8). Deze afdeling voorziet in een inperking van en snelle doorlooptijd voor procedures bij de bestuursrechter.

Aan een kavelbesluit worden regels en voorschriften opgenomen; deze hebben in ieder geval betrekking op een aantal aangegeven onderwerpen (art. 4, lid 1). Voorbeelden van dergelijke regels zijn locatiespecifieke geluidsnormen of ter plaatse van archeologische monumenten beperkingen van bodem beroerende activiteiten, een opgravingsverplichting of archeologische begeleiding, die in acht moeten worden genomen tijdens de bouw, periodes waarin niet mag worden geheid en minimale en maximale tiphoogte van de rotorbladen. Ook kunnen normen over de dichtheid van het park worden opgenomen om te komen tot optimalisatie van het totaal aantal beschikbare kavels op zee. Regels kunnen ook anderen dan de vergunninghouder binden. Bij het kavelbesluit wordt de geldingsduur van de windvergunning voorgeschreven.

Deze termijn is gebaseerd op de levensduur van de windparken. Om er zeker van te zijn dat het windpark na het verstrijken van de vergunningstermijn kan worden verwijderd, kan bij het kavelbesluit het stellen van financiële zekerheid voor de opruimkosten worden voorgeschreven. Bij het kavelbesluit wordt inzicht gegeven in de hoogte van de financiële zekerheid.<sup>14</sup> Voorts bevat de wet bepalingen over de inhoud van een kavelbesluit (art. 4, lid 2). De wet bepaalt uitdrukkelijk dat het verboden is om te handelen in strijd met het kavelbesluit en de daaraan verbonden regels en voorschriften (art. 4, lid 4). Tenslotte is er een regeling in verband met voorbereidingsbescherming van een locatie waar een kavelbesluit wordt voorbereid (art. 9).

#### **4.3 Vergunningverlening**

Een kavelbesluit geeft nog niemand het recht om een windpark op zee te bouwen. In de systematiek van de wet kan alleen een vergunning worden verleend voor locaties die bij kavelbesluit zijn aangewezen. De belangrijkste functie van de vergunning is het bepalen welke partij op een kavel gerechtigd is om een windpark te realiseren en te exploiteren. Aldus regelt de wet een verbod om vergunning van de minister van EZK een windpark te bouwen of te exploiteren in de Nederlandse territoriale zee of de Nederlandse exclusieve economische zone (art. 12). Geen vergunning wordt verleend voor een gebied dat is gelegen buiten een kavel en het aangewezen tracé voor de aansluitverbinding (art. 13, sub a). Ook wordt geen vergunning verleend, indien voor dat kavel al een vergunning

<sup>14</sup> MvT, *Kamerstukken II* 34 058, nr. 3, p. 36-37.



geldt (art. 13, sub b). Er is per kavel derhalve slechts één vergunning. Een vergunning geeft de houder daarvan het exclusieve recht om op een bepaalde locatie een windpark te bouwen en te exploiteren.

Een aanvraag om een vergunning moet ten minste aan de eisen, genoemd in art. 14, voldoen om te kunnen leiden tot vergunningverlening aan de aanvrager. Deze minimum-eisen kunnen worden uitgewerkt bij ministeriële regeling.<sup>15</sup>

In de vergunning wordt in ieder geval bepaald voor welk tijdvak de vergunning geldt en voor welk gebied. Voorts worden in de vergunning de activiteiten worden benoemd die de vergunninghouder moet verrichten. Deze voorwaarden hebben tot doel te borgen dat de vergunninghouder tijdig aanvangt met de bouw van het windpark (art. 15, lid 1).<sup>16</sup>

Ten slotte regelt de wet diverse gebruikelijke zaken als de mogelijkheid van overdracht van een kavelvergunning (art. 16), de intrekking of wijziging van een kavelvergunning (art. 17) en de mogelijkheid dat een kavelvergunning wordt gehouden door meerdere partijen (art. 18).

Zeker bij de grote windparken is het mogelijk dat verschillende partijen een consortium vormen om samen in voldoende mate in staat te zijn om het windpark te realiseren. Par. 3.2 bevat specifieke bepalingen voor de vergunningsprocedure met subsidie, par. 3.3 die voor de vergunningsprocedure zonder subsidie.

#### **4.4 Transport en aansluiting op het landelijk hoogspanningsnet**

Daar waar dit efficiënter is dan een directe verbinding van windparken met het landelijk hoogspanningsnet wordt een net op zee aangelegd. De keuze voor een net op zee heeft op lange termijn voordelen voor de netstabiliteit, leveringszekerheid, planologische coördinatie, financieringslasten, standaardisatie en hiermee gepaard gaande kostenreductie. Op basis van hiervan is TenneT, de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, ook aangewezen als netbeheerder van het net op zee, ook gelet op de samenhang tussen beide netten.<sup>17</sup> In verband hiermee is per 1 april 2016 een artikel in de Elektriciteitswet 1998 ingevoegd (art. 15a).<sup>18</sup> Dit artikel legt vast hoe het net op zee is afgebakend; daarbij is aansluiting gezocht bij de definitie van het landelijk hoogspanningsnet.

#### **4.5 Wet windenergie op zee en Omgevingswet**

Ook na invoering van de Omgevingswet zal de Wet windenergie op zee nog enige tijd in werking blijven, zodat volgens de wetgever eerst ervaring kan worden opgedaan met de uitgifte van de windkavels.<sup>19</sup> De Invoeringswet Omgevingswet bevat dan ook slechts

---

15 Aldus de *Uitvoeringsregeling windenergie op zee*, *Stcrt.* 2015, 18531. Deze regeling is per 1 april 2017 gewijzigd, zie *Stcrt.* 2017, 17750. Daarnaast zijn er nog specifieke ministeriële regelingen.

16 MvT, *Kamerstukken II* 34 058, nr. 3, p. 43.

17 MvT, *Kamerstukken II* 34 401, nr. 3, p. 17.

18 *Wet van 23 maart 2016 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 (tijdig realiseren doelstellingen Energieakkoord)*, *Stb.* 116.

19 *Kamerstukken II* 34 986, nr. 3, p. 436.

wijzigingen van de Wet windenergie op zee, die noodzakelijk zijn om die wet aan de nieuwe terminologie van de Omgevingswet aan te passen.

Blijkens de parlementaire voorbereiding van de Omgevingswet is de Wet windenergie op zee een uitputtende wet als bedoeld in art. 1.4 Omgevingswet wat betreft de plaatsing van windturbines op zee, zodat dergelijke besluitvorming dan niet op grond van de Omgevingswet kan plaatsvinden. Wel zal de verplichting tot het opstellen van een milieueffectrapportage zoals geregeld in de Omgevingswet blijven gelden voor het kavelbesluit. De Omgevingswet is verder, net als de huidige wetgeving, van toepassing op de feitelijke realisatie van de windparken en op bijvoorbeeld onderhoudswerkzaamheden aan de windturbines.<sup>20</sup>

#### 4.6 Ontwikkelkader windenergie op zee

De realisatie van een windpark op zee en van het net op zee moeten qua tijd goed op elkaar worden afgestemd. In dit proces zijn de projectontwikkelaar van een windpark op zee en de netbeheerder van het net op zee onderling afhankelijk van elkaar. Om te voorkomen dat de netbeheerder van het net op zee wacht met de voorbereiding van de aanleg van het net op zee tot er concreet zicht is op de realisatie van het windpark, is in de Elektriciteitswet 1998 (art. 16e) bepaald dat de minister van EZK een ontwikkelkader vaststelt inzake de ontwikkeling van windenergie op zee. De netbeheerder van het net op zee (TenneT) werkt dit ontwikkelkader vervolgens uit. Aldus is op 15 april 2016 het *Ontwikkelkader windenergie op zee* vastgesteld en vervolgens geactualiseerd op 15 juni 2017.<sup>21</sup>

#### 4.7 Routekaart windenergie op zee tot 2030

Bij brief van 27 maart 2018<sup>22</sup> heeft de minister van EZK zijn beleid uiteengezet inzake de realisatie van windenergie en in het bijzonder windenergie op zee. Deze brief bevat daartoe de een zgn. *Routekaart voor de aanleg van extra windparken op zee tot 2030*. Daarin wordt uitgebreid ingegaan op de opgave voor windenergie op zee in 2030 en de daarbij betrokken belangenafweging. De routekaart 2030 voorziet in windparken met een gezamenlijke omvang van circa 6,1 GW. Daarmee wordt maximaal de beschikbare ecologische gebruiksruimte op zee en de beschikbaarheid van transportcapaciteit op het hoogspanningsnet op land benut. De routekaart beschrijft in welke gebieden windparken gerealiseerd zullen worden.

#### 4.8 Kavelbesluiten en vergunningverlening in de praktijk

Momenteel (februari 2019) zijn en worden de kavelbesluiten voor de windparken op zee in de windenergiegebieden Borssele, Hollandse Kust (zuid) en Hollandse Kust (noord) voorbereid. De aanleg hiervan duurt tot 2023.

Voor wat betreft het windenergiegebied Borssele zijn vijf kavelbesluiten op 21 mei 2016 onherroepelijk (kavels Borssele I, II, III, IV en V, mei en oktober 2016). Voorts zijn

20 Nota nav het verslag, *Kamerstukken II* 33 962, nr. 12, p. 251.

21 *Kamerstukken II* 33 561, nr. 27.

22 *Kamerstukken II* 33 561 / 30196, nr. 42.

voor wat betreft Hollandse Kust (zuid) zijn twee kavelbesluiten (kavels I en II, december 2016) genomen die onherroepelijk zijn geworden na uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 6 december 2017, nr. 201609667/1/R6, waarbij de beroepen niet-ontvankelijk c.q. ongegrond zijn verklaard.

De vergunningverlening en daarmee de toekenning van windenergiekavels aan marktpartijen geschiedt door middels van zgn. tenders, georganiseerd door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland. In deze tenders kunnen eveneens aanvragen ingediend worden voor - indien nodig - een subsidie en een aansluiting op het elektriciteitsnetwerk van TenneT. De vergunningverlening voor wat betreft de hiervoor genoemde afgeronde kavelbesluiten is eveneens afgerond.<sup>23</sup>

## 5 Afsluitende opmerkingen

Voor iemand - zoals schrijver dezes - die vertrouwd is met de op land complexe bestuurlijke en maatschappelijke verhoudingen in het kader van het ruimtelijke omgevingsrecht wordt de ruimtelijke ontwikkeling van windenergie op de Noordzee gekenmerkt door een aantal aspecten die we op land niet kennen. Bezien vanuit het ruimtelijke omgevingsrecht zien we:

- een sterke regierol van de rijksoverheid bij de locatieonderzoeken, locatiekeuzes en concrete vergunningverlening, waarbij de gemeentelijke en provinciale bestuurslagen ontbreken;
- een sterk gelaagde besluitvorming van strategische beleidsvorming tot en met concrete vergunningverlening;
- een specifieke wet met aanhakingen aan het generieke omgevingsrecht, ook na de invoering van de Omgevingswet;
- het vrijwel geheel ontbreken van particuliere belanghebbenden die betrokken zijn bij de besluitvorming;
- wel (sterke) betrokkenheid van georganiseerde belangengroeperingen, sinds februari 2019 in het zgn. Noordzeeoverleg;<sup>24</sup>
- het ontbreken van particuliere grondposities, waarbij binnen de territoriale zee het Rijk de enige grondeigenaar is en tenslotte
- een sterke inbedding van de markt onder regie van het Rijk bij de daadwerkelijke ontwikkeling van windparken.

In zijn publicatie *Splijtzam-besluitvorming*<sup>25</sup> doet Bröring verslag van een onderzoek naar complexe besluitvorming, toegespitst op twee casus: de besluitvorming over windparken De Drentse Monden en Oostermoer in Oost-Drenthe en de mijnbouwschade- problematiek in Groningen. Om de kwaliteit van 'governance' te kunnen afmeten hanteert auteur een aantal beoordelingscriteria waaraan het overheidsbestuur dient te

---

23 Binnen de territoriale zee is de vergunninghouder er daarmee nog niet. Zo dient er bijvoorbeeld nog een opstalrecht ten behoeve van de windturbines gevestigd te worden.

24 *Kamerstukken II* 33 450, nr. 55. De bedoeling is dat er medio 2019 een Noordzeeakkoord ligt.

25 Bröring, H. E. (2017). *Splijtzam-besluitvorming: Leren van 'worst practices' rond een windpark*, in: P. A. J. van den Berg, & G. Molier (editors), In Dienst van het Recht: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G. Brouwer ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Algemene Rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Groningen (Brouwer-bundel) (p. 245-264). Den Haag: Boom Juridisch.

voldoen, te weten *rechtmatigheid van bestuur, transparantie, verantwoording, effectiviteit* (vaak ook slagvaardigheid genoemd) en *participatie*. Voor 'participatie' verwijst hij naar de zgn. participatieladder, die graden van actieve deelname aan het besluitvormingsproces weergeeft.<sup>26</sup> De criteria rechtmatigheid, transparantie en verantwoording hangen nauw samen. Bijzondere betekenis heeft goed governance voor het - voor een samenleving zo essentiële - vertrouwen: het vertrouwen tussen burgers (bedrijven) onderling, het vertrouwen van de burger in de overheid en vice versa, en het vertrouwen tussen overheden onderling. In zijn analyse van de casus inzake de windparken De Drentse Monden en Oostermoer is de besluitvorming een splijtzwam gebleken: een splijtzwam tussen boeren en burgers, tussen burgers en overheden en tussen overheden onderling.<sup>27</sup> In de praktijk zijn nog wel meer gevallen bekend van (min of meer) ernstige maatschappelijke discussie over de vestiging van een windpark op land.

Grootschalige ontwikkeling van windparken op zee zal ingrijpende gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving van de Noordzee, en daarmee ook voor alle Noordzeegebruikers.

Hoewel de maatschappelijke discussie daarover tot nu toe nog beperkt is gebleven (zeker in vergelijking met windenergie op land), lijkt het mij gewenst om nader onderzoek te doen op basis van de hiervoor genoemde criteria van goed governance op deze ontwikkeling. Ik wil daarover enkele opmerkingen maken. Het lijkt mij toe dat de transparantie verbeterd kan worden: thans is er veelheid van (strategische, tactische en operationele) beleidsstukken beschikbaar welke ook nog regelmatig geactualiseerd worden. Voor een (niet-rechtstreeks ingevoerde) buitenstaander is het buitengewoon lastig om de kern van de besluitvorming over windenergie op zee te doorgronden. Wellicht kan de instelling van het Noordzeeoverleg daarin verbetering brengen. Voorts zij gewezen op de stelling dat - hoewel er veel bekend is over de effecten van windparken op de ecologie van de Noordzee - er ook veel kennisleemten zijn, in het bijzonder vanwege de enorme opschaling.<sup>28</sup> Bij verdieping van de criteria transparantie en vertrouwen hoort ook dat het Rijk oog heeft voor de aanwezigheid van deze kennisleemten.

De ontwikkeling van windparken op zee vereist een nieuwe balans, waarbij de verschillende functies van de Noordzee duurzaam samengaan. De uitdaging is om deze balans te vinden bij de voorbereiding van de verdere besluitvorming omtrent windparken.

26 Hoog op deze ladder scoort de situatie waarin burgers in alle besluitvormingsstadia over een project meebeslissen. Laag scoren het de burgers informeren over een project waartoe reeds besloten is, en de situatie dat het betrekken van de burgers bij het project enkel bestaat in het hen aan het eind van de rit in de gelegenheid stellen om financieel in het (afgeronde) project te participeren.

27 Van de rechtmatigheidsgebreken kan nog worden gezegd dat ze beperkt in aantal waren. Maar de casus leert dat een project dat juridisch goeddeels op orde is, door schending van beginselen van 'good governance' toch kan vastlopen. Auteur acht de besluitvorming in termen van transparantie en participatie uiterst teleurstellend. Zie omtrent deze casus ook de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS van 16 september 2016, nrs. 201608423/1/R6 en 201703826/1/R6, *BR* 2018/56, m.nt. J.W. van Zundert.

28 Zie daarover met name: Vrooman, J., Schild, G., Rodriguez, A.G., van Hest, F., 2018. *Windparken op de Noordzee: kansen en risico's voor de natuur*. Stichting De Noordzee, Utrecht, p. 27.



# De Superwabo

*Mr. H.A.J. (Henk) Gierveld*

## 1 Het kapseizen van de Vasa

Op 10 augustus 1628 voer een pas gebouwd oorlogsschip, de Vasa, de haven van Stockholm uit. Het indrukwekkende gevaarte zette koers richting open water voor zijn maiden trip. Het schip had nog geen zeemijl afgelegd, toen het door een plotselinge windvlaag slagzij maakte. Een tweede windvlaag werd het schip fataal, het kapseisde en het water gulpte door de geschutspoorten naar binnen. De Vasa zonk naar de bodem en nam daarbij 30 a 50 leden van de 150 koppige bemanning met zich mee. Eerst in 1961 werd het schip gelicht en ondergebracht in een speciaal gebouwd museum.

De Vasa werd in Stockholm gebouwd onder leiding van de Hollandse scheepsbouwer Henrik Hybertsson in opdracht van koning Gustaaf II Adolf. Na voltooiing was de Vasa één van de sterkste schepen van haar tijd. Uit documenten van toen is gebleken dat de plannen voor de Vasa ingrijpend gewijzigd werden toen de bouw van het schip al was begonnen. Gustaaf II Adolf wilde alsnog een groter aantal boordkanonnen dan gebruikelijk was. De bouwtechnici zagen de problemen, maar konings wil was wet. Hij wilde zijn naam verbinden aan het sterkste schip van de Zweedse vloot op de Oostzee (voor de oorlog tegen Polen), niemand durfde de koning te vertellen dat het niet kon. Besloten werd om de extra kanonnen te plaatsen. Met de twee nieuwe kanondekken kreeg de Vasa wel een hele hoge constructie. Om de stabiliteit van het schip te verzekeren werden er onderin grote stenen gelegd. Maar het schip was topzwaar, en de 120 ton ballast was niet toereikend.<sup>1</sup>

## 2 De tewaterlating van de Omgevingswet

Op 1 januari 2021 vertrekt de Omgevingswet voor haar maiden trip. Althans dat is nu nog het plan. De bouw van het schip werd ter hand genomen een jaar na de motie Pieper, waarin de regering werd uitgenodigd om een tabula rasa-opdracht te organiseren en met ideeën en voorstellen te komen voor een fundamentele herziening van het omgevingsrecht.<sup>2</sup>

Wat Pieper precies onder het omgevingsrecht verstond, wordt niet helemaal duidelijk. In zijn motie noemt hij vooral een aantal ruimtelijke ordeningswetten.<sup>3</sup> Hij voorspelde dat een meer fundamentele herziening van het omgevingsrecht op termijn onvermij-

---

1 Informatie is gevonden op de website van het Vasa Museum: [www.vasamuseet.se](http://www.vasamuseet.se).

2 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123-XI, nr. 16.

3 De Crisis- en herstelwet, de Wet ruimtelijke ordening, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de Grondexploitatiewet en ook het Activiteitenbesluit.

delijk zou zijn. Uit de motie blijkt dat de meeste van de wetten, die thans doel van de stelselherziening zijn, zich niet binnen zijn schootsveld bevonden.

De regering maakte de wens van Pieper tot de hare, Pieper hield de motie aan in afwachting van de aankondiging van een nieuwe herziening van het ruimtelijk bestuursrecht. Minister Cramer vroeg tijdens het wetgevingsoverleg van 26 november 2009 het Tweede Kamerlid om haar te melden als de herziening zijns inziens niet ‘tabula rasa’ of ‘fundamenteel’ genoeg was. Hein Pieper nam afscheid van de Tweede Kamer op 17 juni 2010, op dat moment was er nog geen voorstel voor de herziening de Tweede Kamer toegezonden.<sup>4</sup>

### **3 Inhoud van deze bijdrage**

Op zich had de motie van Pieper aanleiding kunnen zijn voor een volgende herziening van het ruimtelijke ordeningsrecht, een herziening die omwille van de politiek gewenste statuut wederom met het predicaat ‘fundamenteel’ kon worden getooid. De Grondexploitatiewet was al onderdeel van de Wro. De Chw was toen nog tijdelijk en wellicht was de - op zichzelf niet nieuwe - gedachte om milieu- en ruimtelijke ordeningsregelgeving wat verder met elkaar te verknopen toe aan een nieuwe impuls.

De oproep van Jan Struiksma tot rust aan het front van de stelselherziening werd door de regering naast zich neergelegd.<sup>5</sup> Uit verschillende brieven bleek dat de regering juist plannen smeedde om de stelselherziening groots te gaan aan pakken.

Met de aanvaarding van de motie van Pieper leek het te bouwen regeringsgevaarte in eerste instantie bescheiden van omvang te zullen worden. Inmiddels is duidelijk dat de bouwplannen in de loop van de tijd nogal gewijzigd zijn. De Afdeling advisering waar-schuwde in januari 2012 al voor de omvang van de wetgevingsoperatie en stelde sowieso een opbouw in tranches voor.

Dat advies heeft de regering niet overgenomen, maar is er niet alsnog een mogelijkheid om tot een meer geleidelijke invoering van de stelselherziening te komen (paragraaf 9)?

In paragraaf 4 belicht ik enkele artikelen van Jan Struiksma. Paragraaf 5 gaat in op het bepalen van de reikwijdte van de stelselherziening. Een zelfstandige paragraaf (6) is nodig voor de behandeling van de profetische woorden van de Afdeling advisering van de Raad van State. In de paragrafen 7 en 8 ga ik op de in te trekken en de te wijzigen wetten in, in de tiende en elfde paragraaf gaat het over de rol van het parlement en de (on)mogelijkheden om alsnog een kleinere Omgevingswet te water te laten. In de laatste paragraaf worden enkele (helaas sombere) conclusies opgenomen.

---

4 Thans is hij dijkgraaf van het Waterschap Rijn en IJssel en zal hem ter ore zijn gekomen dat ook de Waterwet opgenomen is in de stelselherziening van het omgevingsrecht.

5 J. Struiksma, Moratorium op omgevingswetgeving dringend gewenst, *TBR* 2010/12.

## 4 Superwabo

Jan Struiksma heeft in diverse publicaties en op bijeenkomsten zijn licht laten schijnen over de Omgevingswet, of zoals hij die wet eens noemde: de Superwabo.<sup>6</sup> Uit zijn geschreven en gesproken woorden blijkt dat hij niet bepaald behoort tot de gelovigen, de evangelisten van het blijde woord van de stelselherziening, die reikhalzend uitkijken naar de dag van de inwerkingtreding: O-day. In diverse artikelen heeft hij zich kritisch en onverfroren uitgelaten over de onderbouwing van de stelselherziening en gewaar-schuwde voor de te verwachten problemen met de Omgevingswet. Ik voel me dan ook geheel vrij om de wellicht wat boude opmerkingen in deze bijdrage niet af te ruwen.

In 2010 bij bespreking van diverse artikelen over de Crisis- en herstelwet kwam Struiksma tot de conclusie dat een moratorium dringend gewenst was. Ik neem een passage over uit dat artikel, dat ook geschreven had kunnen worden over de Omgevingswet, waarover in 2010 nog nauwelijks gedachten waren.

‘De Crisis- en herstelwet is in een recordtempo tot stand gebracht. Dat is bewonderens-waardig, maar eist ook zijn tol. Op tal van punten heeft de tijd ontbroken om de relatie van de wet met andere regelgeving beter te bestuderen. Daardoor is het gevaar aanwezig dat bij de uitvoering tal van problemen zullen ontstaan die tot vertraging gaan leiden en tot reparatiewetgeving. Dat is jammer, want er zijn al veel te veel wetgevingsinitiatieven voor het omgevingsrecht. Ook voor deskundigen - en naar mijn waarneming ook voor de regering zelf - is het allemaal niet meer goed bij te houden. Een fundamentele herbe-zinning op de complexiteit van het omgevingsrecht is daarom op zijn plaats, maar niet nu meteen. Laat eerst alle stof van de wetgevingstsunami van de laatste jaren maar eens neerdalen.’<sup>7</sup>

De oproep voor een moratorium was aan dovemansoren gericht. Al in het jaar erna kondigde het kabinet Rutte-I reeds de nieuwe tsunami aan.<sup>8</sup> Net op het moment, zo schreef Struiksma, dat iedereen dacht zich eens rustig te kunnen gaan inwerken in de Wabo, de Chw en toch ook nog de Wro.

In een ander artikel ging Jan Struiksma in op het ontbreken van nut en noodzaak van de Omgevingswet.<sup>9</sup> In een redactioneel uit 2016 waarschuwde hij dat het project van de Omgevingswet een grotere omvang kent dan menigeen zich ooit had kunnen voorstel-len, zeker als daar het werk aan het bijbehorende Digitale Stelsel Omgevingswet wordt betrokken.<sup>10</sup>

Het vraagteken na ‘een project van de lange adem’ in de titel uit zijn artikel uit 2016 - toen inwerkingtreding was voorzien voor 2019 - kan er inmiddels af. Wanneer de Omgevingswet wel in werking kan treden is niet duidelijk. De nu genoemde datum van 1 januari 2021 kan misschien technisch gezien gehaald worden, maar de kans is groot

6 J. Struiksma, Canon van het bouwrecht: de Wabo als tussenstation, *TBR* 2017/192.

7 J. Struiksma, Moratorium op omgevingswetgeving dringend gewenst, *TBR* 2010/12.

8 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 953, nr. 40.

9 J. Struiksma, Het wetsvoorstel Omgevingswet: de beperkingen van een wetenschappelijke beoorde-ling, *TBR* 2014/142.

10 J. Struiksma, Omgevingswet: een project van de lange adem?, *TBR* 2016/109. Uitgebreid over het DSO: J. Struiksma, Digitaal Stelsel Omgevingswet, uithuilen en opnieuw beginnen, *WPNR* 2018, afl. 7179. Zie ook: J. Struiksma, Digitaal Stelsel Omgevingswet: iedereen doet mee, maar de gebruiker blijft buiten beeld, *TBR* 2018/100.



dat het parlement voor een koninklijk besluit houdende de inwerkingtredingsbepaling met ingang van die datum gaat liggen.<sup>11</sup>

## 5 Het schootsveld van de Omgevingswet

In een brief van 23 maart 2011 gaat de minister van Infrastructuur en Milieu (MIenM) in op de wijze waarop zij de vernieuwing van het omgevingsrecht wil aanpakken. De brief bevat geen opsomming van wat onder het omgevingsrecht wordt verstaan, al wordt al wel snel duidelijk dat de regering de grenzen ruimer trekt dan het omgevingsrecht dat Pieper op het oog had:

‘In de uitvoeringspraktijk van onder andere duurzame gebiedsontwikkeling, stedelijke herstructurering, bereikbaarheid, woningbouw, natuurontwikkeling, herbestemming van cultureel erfgoed, duurzame energie en waterbeheer lopen partijen tegen talrijke problemen aan. Een deel daarvan heeft te maken met het omgevingsrecht. Er is een veelvoud aan wetten, amvb’s en ministeriële regelingen op het terrein van het omgevingsrecht.’<sup>12</sup>

Ook in de brief van 28 juni 2011 wordt nog niet verteld welke regelgeving onder het omgevingsrecht wordt begrepen.

‘Het huidige omgevingsrecht is een divers terrein van wetgeving voor de ontwikkeling en het beheer van de leefomgeving, dat continu in beweging is. In totaal gaat het om meer dan 60 wetten, meer dan 100 amvb’s en honderden ministeriële regelingen.’

Dat is nogal wat, maar dat weerhoudt de MIenM er niet van om te communiceren dat in het voorjaar van 2012 een voorstel voor de Omgevingswet bij de Tweede Kamer zal worden ingediend en dat zij voornemens is om de nieuwe wet in 2013 in werking te laten treden.<sup>13</sup>

Bij brief van 9 maart 2012 wordt de indiening van het wetsvoorstel opgeschoven naar het voorjaar van 2013.<sup>14</sup> In een bijlage bij die brief staan de vijftien wetten genoemd die geheel geïntegreerd worden,<sup>15</sup> welke twee wetten volledig worden ingetrokken<sup>16</sup> en uit welke ca. 25 andere wetten<sup>17</sup> de omgevingsrechtelijke elementen worden overgenomen in de Omgevingswet.

---

11 Met technisch gezien bedoel ik dat niet kan worden uitgesloten dat alle wetten en amvb’s vóór 1 januari 2021 in het *Staatsblad* worden gepubliceerd en dat de ministeriële regelingen ook vóór die datum in de *Staatscourant* zijn opgenomen.

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 953, nr. 39.

13 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 953, nr. 40.

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3.

15 Belemmeringenwet Privaatrecht, Crisis- en herstelwet, Interimwet stad-en-milieubenadering, Ontgrondingenwet, Planwet verkeer en vervoer, Spoedwet wegverbreding, Tracéwet, Waterwet, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, Wet beheer rijkswaterstaatswerken, Wet bodembescherming, Wet geluidhinder, Wet inzake de luchtverontreiniging, Wet milieubeheer en Wet ruimtelijke ordening.

16 Wet ammoniak en veehouderij en Wet geurhinder en veehouderij.

17 Gaswet, Elektriciteitswet 1998, Lokaalspoor- en Tramwegwet/Wet lokaal spoor, Monumentenwet 1988, Mijnbouwwet, onteigeningswet, Spoorwegwet, Spoorwegwet 1875, Waterstaatswet 1900, Woningwet, Wegenwet, Wet aanvullende regels wegtunnels, Wet bereikbaarheid en mobiliteit, Wet voorkeursrecht gemeenten, Wet herverdeling wegenbeheer, Wet kabelbaan-installaties, Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken, Wet luchtvaart, Wet natuurbescherming (Boswet, Flora- en faunawet, Natuurbeschermingswet 1998), Wet voorkoming

Mij is niet duidelijk waarom onderscheid wordt gemaakt tussen integratie van wetten en het volledig intrekken van wetten. In de brief ontbreekt een motivering waarom de keuze is gevallen op deze wetten, er wordt geen duiding gegeven wat onder het omgevingsrecht valt en welke van de meer dan 60 wetten, die genoemd worden in de brief van 9 maart 2012, niet langer tot het omgevingsrecht worden gerekend.

## 6 Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (2012)

Op 25 januari 2012 stuurde de Afdeling advisering van de Raad van State de haar gevraagde voorlichting met betrekking tot de herziening van het omgevingsrecht toe aan de MIenM.<sup>18</sup>

In dat advies waaruit vooral bezorgdheid sprak over de operatie die ‘wat omvang betreft vergelijkbaar [is] met de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek of de Awb’ gaat de Afdeling ook in op de clustering en de fasering. Voor de vaststelling van de reikwijdte is volgens de Afdeling een nu nog ontbrekende volledige analyse van de oorzaken van de problemen noodzakelijk maar ook dat duidelijk moet worden welke doelstelling de minister met de Omgevingswet voor ogen heeft. Of het doel nu gelegen is in een projectenwet (met het vizier op Wro, Wabo, Tw, Spw en Chw) of gemikt wordt op een algehele herziening van het gebiedsgerelateerde omgevingsrecht<sup>19</sup> is bepalend voor de clustering maar niet voor de noodzaak van fasering, aldus de Afdeling advisering:

‘De Afdeling acht een fasering van de aanpak gewenst. Zelfs indien gekozen wordt voor een Omgevingswet met een beperkt bereik, te weten een projectenwet, geldt dat voor een goed eindresultaat allereerst een gedegen analyse moet worden gemaakt van de oorzaken van de bestaande problemen in het omgevingsrecht en de mogelijke oplossingen daarvoor. Vervolgens moet een heldere doelstelling worden geformuleerd en moet een plan van aanpak worden gemaakt dat uitgaat van het realiseren van een nieuwe Omgevingswet in tranches. Het totstandbrengen van één nieuwe Omgevingswet lijkt een te complexe operatie om in een keer te volbrengen.’<sup>20</sup>

Het advies van de Raad van State is ook als bijlage opgenomen bij de brief van de minister van 9 maart 2012. Wie verwacht dat in die 27 bladzijden tellende brief ingegaan wordt op de nadrukkelijk gevraagde onderbouwing van de problemen zal de brief teleurgesteld terzijde schuiven. De nut en noodzaakvraag wordt als onderwerp genoemd maar niet beantwoord. De keuze voor een algemene herziening ten opzichte van de projectenwet wordt neergeschreven, maar niet duidelijk wordt waarom niet gekozen is voor het ruimtelijke ordeningsrecht of op zijn minst voor dat rechtsgebied als eerste stap.

---

verontreiniging door schepen, Wrakkenwet, Zwemwaterwet (Wet hygiëne veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden).

18 No. W14.11.0341/IV. Het advies verscheen ook als bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3.

19 Uit de brief van de minister van 9 maart 2012: ‘Het gaat dus niet om een projectenwet, zoals de Raad van State in zijn voorlichting vraagt, maar om een fundamentele herziening van het omgevingsrecht. Belangrijk is dat er een nieuw samenhangend en vereenvoudigd wettelijk stelsel voor de leefomgeving komt.’ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3, p. 7.

20 No. W14.11.0341/IV.

Over het idee van de Raad van State over het gefaseerd invoeren ‘antwoordt’ de minister:

‘Ik besef terdege dat een volledige opbouw van een nieuw[e] stelsel voor het omgevingsrecht een grote opgave is, waarmee de nodige tijd gemoeid zal zijn. Daarom kiest het kabinet voor een modulaire opbouw.’<sup>21</sup>

De Raad van State ging in op de complexiteit van het omgevingsrecht dat voor een wezenlijk deel wordt bepaald door de specifieke geografische, demografische, economische en ecologische kenmerken van Nederland, constateert dat een zekere mate van complexiteit onontkoombaar is en concludeert dat ook ‘een nieuwe Omgevingswet daarom niet [zal] voorzien in een eenvoudige en transparante wettelijke regeling waarmee elke gewenste ruimtelijke ontwikkeling kan worden gerealiseerd.’<sup>22</sup>

De regering reageert daarop als volgt:

‘Voor alle doelgroepen wordt het omgevingsrecht door harmonisatie en stroomlijning tussen de sectorwetgeving transparanter en eenduidiger.’<sup>23</sup>

Deze bijdrage wordt opgenomen in een feestbundel en dat maakt dat ik niet al te veel moeten somberen. Ik laat het dan maar bij de constatering dat het advies van de Raad van State wel is ‘meegenomen’ door de regering.<sup>24</sup> Overigens bevind ik mij in zeer goed gezelschap als het gaat om het gestelde ontbreken van nut en noodzaak van de Omgevingswet.<sup>25</sup>

## **7 Reikwijdte van de stelselherziening: de in te trekken wetten**

Op 16 juni 2014 werd het voorstel voor de Omgevingswet aan de Tweede Kamer aangeboden.<sup>26</sup> In de memorie van toelichting worden de wetten genoemd die door het voorstel worden geraakt. De schade valt mee, slechts dertien wetten worden geheel vervangen. Maar ook worden grote wijzigingen voorzien van andere wetten, die op zich wel - zij het met zware averij - drijvende worden gehouden. In de memorie van toelichting wordt ook ingegaan op wat nu de aanvullingswetten worden genoemd. Ook via de aanvullingswetten worden wetten ingetrokken en al dan niet stevig gewijzigd.

Om een goed overzicht te krijgen van de in te trekken wetten en wijzigingen is het nodig om niet alleen naar (het voorstel van) de Invoeringswet Omgevingswet te kijken maar ook naar de aanvullingswetten.<sup>27 28</sup>

---

21 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3, p. 24.

22 No. W14.11.0341/IV.

23 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3, p. 26.

24 In het nader rapport spreekt de regering over de ‘verwerking’ van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State. *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 962, nr. 4, p. 6.

25 J. Struiksma, Het wetsvoorstel Omgevingswet: de beperkingen van een wetenschappelijke beoordeling, *TBR* 2014/142.

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 1-2.

27 De Omgevingswet zelf bevat geen bepalingen inzake intrekking of wijziging van andere wetten, de aanvullingswetten bevatten zowel bepalingen tot wijziging van de Omgevingswet als tot intrekking of wijziging van andere wetten.

28 Eenzelfde systematiek ten aanzien van de in te trekken en te wijzigen algemene maatregelen van bestuur wordt gehanteerd in het Invoeringsbesluit Omgevingsbesluit en de aanvullingsbesluiten.

Met de inwerkingtreding van de Invoeringswet Omgevingswet<sup>29</sup> worden 14 wetten ingetrokken:

- 1. Belemmeringenwet Landsverdediging,
- 2. Belemmeringenwet Privaatrecht,
- 3. Crisis- en herstelwet,
- 4. Interimwet stad-en-milieubenadering,
- 5. Ontgrondingenwet,
- 6. Planwet verkeer en vervoer,
- 7. Spoedwet wegverbreding,
- 8. Tracéwet,
- 9. Wet algemene bepalingen omgevingsrecht,
- 10. Wet ammoniak en veehouderij,
- 11. Wet geurhinder en veehouderij,
- 12. Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden,
- 13. Wet inzake de luchtverontreiniging,
- 14. Wet ruimtelijke ordening

Met de Aanvullingswet bodem Omgevingswet<sup>30</sup> wordt 1 wet ingetrokken:

- 15. Wet bodembescherming

Met de Aanvullingswet geluid Omgevingswet<sup>31</sup> wordt 1 wet ingetrokken:

- 16. Wet geluidhinder

Met de Aanvullingswet natuur Omgevingswet<sup>32</sup> wordt 1 wet ingetrokken:

- 17. Wet natuurbescherming

Met de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet<sup>33</sup> worden drie wetten ingetrokken:

- 18. Wet agrarisch grondverkeer
- 19. Wet inrichting landelijk gebied
- 20. Wet voorkeursrecht gemeenten

Op basis van bovenstaande zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de gevolgen overzichtelijk zijn. Zeker als in ogenschouw wordt genomen dat er tal van wetten genoemd worden die beter wetjes zijn: de belemmeringenwetten<sup>34</sup>, de interimwet, de Ontgrondingenwet, de Planwet verkeer en vervoer, de Wet ammoniak en veehouderij, de Wet geurhinder en veehouderij, de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden, de toch al bijna uitgedelede Wet inzake de luchtverontreiniging en de feitelijk reeds uitgewerkte Spoedwet wegverbreding.

29 Thans *Kamerstukken I* 2018/19, 34 986, A.

30 Thans *Kamerstukken I* 2018/19, nr. 34 864, A.

31 Thans *Kamerstukken II* 2018/19, nr. 35 054, nr. 2.

32 Thans *Kamerstukken II* 2018/19, nr. 34 985, nr. 2.

33 Thans *Kamerstukken II* 2018/19, nr. 35 133, nr. 2.

34 De Belemmeringenwet verordeningen is op 1 oktober 2012 al ingetrokken als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet revitalisering generiek toezicht.

## **8 Reikwijdte van de stelselherziening: de te wijzigen wetten**

Maar wat gebeurt er dan met grote wetten als de Wet milieubeheer, de Waterwet en de onteigeningswet?<sup>35</sup> Deze wetten worden niet ingetrokken maar ingrijpend gewijzigd. Dat betekent dat het plaatje van de gevolgen voor wetgeving veel groter is dan dat van de in te trekken wetten.

- Zo worden met de inwerkingtreding van de Invoeringswet Omgevingswet niet alleen 14 wetten ingetrokken maar worden ook naast de zeer forse wijziging van de Omgevingswet ook nog eens 55 wetten gewijzigd, waarbij met name de Waterwet, de Wet luchtvaart, de Wet milieubeheer en de Woningwet stevig aangepakt worden.
- Zo wordt met de inwerkingtreding van de Aanvullingswet bodem Omgevingswet niet alleen de Wet bodembescherming ingetrokken, maar worden ook de Omgevingswet en 5 wetten (beperkt) gewijzigd.
- Zo wordt met de inwerkingtreding van de Aanvullingswet natuur Omgevingswet niet alleen de Wet natuurbescherming ingetrokken, maar wordt ook de Omgevingswet fors gewijzigd en worden 11 wetten (beperkt) gewijzigd.
- Zo wordt met de inwerkingtreding van de Aanvullingswet geluid Omgevingswet niet alleen de Wet geluidhinder ingetrokken, maar ook de Omgevingswet (vooral hoofdstuk 2) gewijzigd en worden 3 wetten (beperkt) gewijzigd.
- Zo worden met de inwerkingtreding van de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet niet alleen 3 wetten ingetrokken, maar ook ten aanzien van de Omgevingswet en 10 andere wetten (beperkte) wijzigingen doorgevoerd. De wijziging van de onteigeningswet is daarentegen majeur te noemen.

Dat nieuwe wetgeving grote gevolgen kan hebben voor andere wetten, hebben we al eerder kunnen zien bij de Waterstaatswet 1900 (door de Waterwet), de Wet milieubeheer (door de Wabo) en diverse andere wetten. In die wetten staat achter het merendeel van de artikelen 'vervallen', waardoor de architectuur van de wet verminkt is. Met de inwerkingtreding van de Invoeringswet Omgevingswet wordt weliswaar de Wabo ingetrokken, maar de Waterstaatswet 1900, de Waterwet en de Wet milieubeheer worden verder uitgekleeft. Ook de Afdeling advisering voorzag reeds in 2012 een volgens haar noodzakelijk restauratieplan:

'De Afdeling vraagt ten slotte aandacht voor die onderdelen van wettelijke regelingen die niet deel zullen uitmaken van de Omgevingswet. Afhankelijk van de uiteindelijk gekozen benadering zullen meer of minder onderdelen van bestaande wetgeving 'overblijven', omdat zij geen deel uitmaken van de nieuwe Omgevingswet. De restauratie van de betreffende regelingen tot ordentelijke wetgeving is een omvangrijke operatie, net zoals de totstandkoming van de Omgevingswet zelf.'<sup>36</sup>

Het is nog niet duidelijk of de regering werk gaat maken van de restauratie of het advies ook op dit punt terzijde schuift.

---

35 De wijzigingen van de Waterwet, Wet milieubeheer en onteigeningswet zijn zo groot, dat deze wetten bij de 20 eerdere in te trekken wetten kunnen worden gevoegd.

36 No. W14.11.0341/IV, p. 37-38.

## 9 Fasering via de aanvullingswetten?

De Raad van State adviseerde om, ongeacht de omvang van de Omgevingswet, uit te gaan van het realiseren van een nieuwe Omgevingswet in tranches. Het tot stand brengen van één nieuwe Omgevingswet lijkt een te complexe operatie om in één keer te volbrengen. Mij lijkt dat de Afdeling advisering toch vooral adviseerde om met het ruimtelijke ordeningsrecht te beginnen. Een groot deel van het advies is immers gewijd aan andere wetten die deel uitmaken van de RO-wetsfamilie, zoals de Tracéwet, de Spoedwet wegverbreding, de Reconstructiewet concentratiegebieden en de Chw (projectuitvoeringsbesluit). Alsof de Afdeling wil zeggen: ga eerst eens aan de slag om die naast de Wro tot stand gekomen wetten terug te brengen in de moederschoot van de Wro en kijk daarna verder of de eerste stap naar meer smaakt.

Dat leek en lijkt me een niet al te ingewikkelde wetgevingsoperatie. Besluitvorming over grote infrastructurele projecten (zowel de Tracéwet als de Spoedwet wegverbreding) zou prima gekund hebben met de Rijksprojectenprocedure<sup>37</sup> en kan ook heel goed via de Wro-rijksinpassingsplannen<sup>38</sup>. Of voor het Chw-projectuitvoeringsbesluit een plaatsje in de Wro kan worden opgenomen, lijkt met niet zo belangrijk. Het nieuwe instrument mag zich niet bepaald verheugen in een grote belangstelling. De basis, thans opgenomen in de Chw om bij de vaststelling van bepaalde (inmiddels vele tientallen) bestemmingsplannen te mogen afwijken van wettelijke regels, kan natuurlijk ook in de Wro een plaats krijgen en wellicht omgevormd worden tot een algemene ontheffing van voor gemeenten onwelgevallige wettelijke regels. De Reconstructiewet concentratiegebieden is inmiddels ingetrokken, hetgeen zou betekenen dat thans gekeken zou kunnen worden naar de mogelijkheid om de Wet inrichting landelijk gebied te integreren in die nieuwe Wro.

Afgezet tegen de behandeling van het ruimtelijke ordeningsrecht besteedde de Afdeling weinig aandacht aan het overige omgevingsrecht. Zij constateerde slechts dat er naast de Wro tal van wetten bestaan die betrekking hebben op deelaspecten van het omgevingsrecht, zoals water, milieu, bodem en natuur.

De Afdeling zal haar wenkbrauwen gefronst hebben toen de regering haar megalomane plannen presenteerde om het omgevingsrecht in de zeer ruime zin allemaal op die ene schop te nemen.

De Raad van State adviseerde wel om, ongeacht de omvang van de Omgevingswet, uit te gaan van het realiseren van een nieuwe Omgevingswet in tranches. De regering gaf in haar memorie van toelichting bij het voorstel voor de Omgevingswet daarover nog geen duidelijkheid: 'De voorkeur gaat er naar uit dat aanvullingen over bodem, geluid, grondeigendom en natuur op dezelfde dag in werking kunnen treden als de Omgevingswet.'<sup>39</sup>

In een recente brief van 18 oktober 2018 echter schreef de MBZK: 'Naar de huidige stand van zaken zal het voorstel voor de aanvullingswet Grondeigendom als laatste wets-

37 De wet van 20 november 2003 tot wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening in verband met de invoering van een rijksprojectenprocedure (Stb. 2003, 519, Stb. 2004, 27).

38 Zie ook J. Struiksmā, De invoeringswet Wro en de Tracéwet, BR 2007, p. 496.

39 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 325.

voorstel van het nieuwe stelsel aan u worden voorgelegd. U kunt dat moment zien als het moment van de «sleuteloverdracht». Zonder vaststelling van de voorstellen voor de Aanvullingswetten kan de Omgevingswet namelijk niet in werking treden.<sup>40</sup>

Conclusie moet dan ook zijn dat de regering voornemens is om alle wetten, algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen gelijktijdig in werking te laten treden en wel, sinds 6 oktober 2017, met ingang van 1 januari 2021.<sup>41</sup>

## **10 De belangstelling van parlement en wetenschap voor het nieuwe omgevingsrecht**

In een artikel in Vastgoedrecht is een overzicht opgenomen van planningen uit het verleden om een gekozen datum van inwerkingtreding te onderbouwen.<sup>42</sup> In dat artikel is ook aandacht besteed aan de - in het licht van de gebruikte zeilvaartbegrippen - muiterij vanuit de Eerste en Tweede Kamer. Het parlement muite op zich niet tegen de nieuwe kapitein van de Omgevingswet<sup>43</sup>, maar vooral tegen de voorgestelde volgorde van de behandeling van de verschillende wetsvoorstellen en het ontbreken van een formeel go/no-go moment.

De planning van de Tweede en de Eerste Kamer zorgt ervoor dat de wetten en algemene maatregelen van bestuur later in het Staatsblad verschijnen dan waar de regering in haar planning van uit is gegaan. Ik sluit niet uit dat de regering erin slaagt om alle regelgevingsproducten vóór 1 januari 2021 in Staatsblad en Staatscourant te publiceren, maar de kans dat de stelselherziening op 1 januari 2021 ook daadwerkelijk in werking kan treden is wel erg klein geworden. Het is zeer de vraag of met name de gemeenten voldoende voorbereid zijn op de inwerkingtreding en of het DSO goed gaat werken.

De Tweede Kamer is onzichtbaar als medewetgever, vroeg zelfs een universiteit om te onderzoeken wat de minister van het advies van de Raad van State had gebakken, de amendementen zijn schaars en niet fundamenteel van karakter, artikelsgewijs commentaar komt niet veel voor, en het debatgehalte is laag. Je kunt het de Tweede Kamer ook niet kwalijk nemen dat zij tijdens de bombardementen van de vele wetsvoorstellen en nota's van wijziging niet toekomt aan artikelsgewijs commentaar. Uit de verslagen komt vooral behoefte aan informatie en uitleg naar voren. Er is heel veel kennis van zaken nodig om inhoudelijk commentaar te geven en een dito debat te kunnen voeren. Die kennis is nauwelijks aanwezig bij Kamerleden en hun fractiemedewerkers. De omvangrijke tweede nota van wijziging bij het voorstel van de Invoeringswet Omgevingswet<sup>44</sup>, de Tweede Kamer toegezonden vlak voor de behandeling van het wetsvoorstel, heeft niet eens geleid tot uitstel van die behandeling van het voorstel. Het zal allemaal wel kloppen, zal de Tweede Kamer hebben gedacht.

---

40 *Kamerstukken I* 2018/19, 33 118, AM, p. 3.

41 *Kamerstukken II* 2017/18, 33 118, nr. 98.

42 H.A.J. Gierveld, De Eerste Kamer trekt aan de rem van de doordenderende Omgevingswettrein, *VGR* 2019-1, p. 1-5.

43 Daarover H.A.J. Gierveld, De stand van zaken van de stelselherziening: een nieuw regeerakkoord, *TO* 2017, afl. 4, p. 156-160.

44 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 986, nr. 9.

Ook de Eerste Kamer doet haar uiterste best om grip te krijgen op de wetgevingssunami, vraagt om bijgestaan te worden door een onafhankelijke adviescommissie en probeert om via temporisering meer tijd te krijgen om tot een goede behandeling van de verschillende wetgevingsproducten te kunnen komen.

Een blik op de inhoudsopgave van de verschillende tijdschriften die zich bezighouden met het omgevingsrecht, leert dat de animo om te schrijven over de verschillende consultatieversies, wetsvoorstellen, wetten en (concept)AMVB's snel afneemt. Een artikel over de grote gevolgen voor de werkwijze, de cultuur en de noodzakelijke scholing van vooral gemeentebambtenaren heb ik nog niet zien langskomen.

En dat is geen goede ontwikkeling. Een dergelijke wetgevingsoperatie verdient een kritische bejegening door parlement en wetenschap.

## **11 1 januari 2021: de tewaterlating van een kleine Superwabo?**

Met dat sombere beeld voor ogen, is het wellicht aardig te onderzoeken of het mogelijk is om alsnog de Omgevingswet gefaseerd in werking te laten treden door bijvoorbeeld de aanvullingswetten on hold te zetten. Kunnen bijvoorbeeld reeds de Omgevingswet en de Invoeringswet Omgevingswet in werking treden samen met de vier algemene maatregelen van bestuur, het Invoeringsbesluit Omgevingswet, de Omgevingsregeling en de Invoeringsregeling Omgevingswet?

Naar verwachting zal de Eerste Kamer vóór de zomer van 2019 stemmen over het voorstel van de invoeringswet. Het invoeringsbesluit moet nog worden voorgehangen en langs de Afdeling advisering. Maar als alles meezit, kunnen eind 2019 alle stukken in Staatsblad en Staatscourant staan. Inwerkingtreding met ingang van 1 januari 2021 is dan mogelijk en wellicht dat ook de nodige proeven kunnen worden gedaan met het DSO dat nog niet met alle toeters en bellen behoeft te zijn uitgerust.

Wat opvalt is dat per aanvullingswet wordt aangegeven welke wet of wetten worden ingetrokken en welke wetten worden gewijzigd. De gedachte zou kunnen opkomen dat er een knip kan worden aangebracht tussen de invoeringswet en de aanvullingswetten. Nadere bestudering leert dat dat toch niet zo eenvoudig is, zelfs niet kan.

Een voorbeeld: Met de inwerkingtreding van de Invoeringswet Omgevingswet wordt onder andere de Tracéwet ingetrokken. De Omgevingswet voorziet in een projectbesluit, in de wettelijke verankering van de participatie, in een nadeelcompensatieregeling maar niet in een regeling van de geluidsproductieplafonds, het maken van een passende beoordeling (Natura 2000) voor een projectbesluit, de onteigeningsrechtelijke voorzieningen en de coördinatieprocedure. De Invoeringswet Omgevingswet anticipeert met de intrekking van de Tracéwet dus op de komst van de aanvullingswetten natuur, geluid en grondeigendom en de nog niet aan de Tweede Kamer aangeboden wijziging van de Algemene wet bestuursrecht in verband met de wijziging van afdeling 3.5 van de Awb.



De Tracéwet kan dus eerst ingetrokken worden als ook de vier andere wetten in werking zijn getreden.

Eveneens bij andere wetten wordt bij de intrekkingsoepaling uitgegaan van de inwerkingtreding van de aanvullingswetten.<sup>45</sup> Zo verdwijnen met de intrekking van de Wro ook de artikelen over de grondexploitatie terwijl de invoeringswet daar niks over regelt. De Wro kan de facto pas ingetrokken worden als de aanvullingswet grondeigendom in werking treedt.

Eerst met het openbreken van het overgangsrecht van de Invoeringswet Omgevingswet - een mooi onderwerp voor een novelle - kan een ontkoppeling worden bereikt. Het gevolg zal dan zijn dat minder wetten worden ingetrokken maar dat er veel meer artikelen van dan niet meer in te trekken wetten worden opgenomen en ook tal van overgangsrechtelijke bepalingen moeten worden gewijzigd.

## 12 Tot slot

De wetgevingsoperatie - 'Eenvoudig Beter' - is zeer complex geworden en de meeste beoefenaars van het omgevingsrecht zijn het zicht, als ze dat ooit gehad hebben, kwijtgeraakt.

De op zich zeer informatieve en goed toegankelijke website [www.omgevingswetportaal.nl](http://www.omgevingswetportaal.nl) bevat vele nuttige geconsolideerde teksten en mooie infographics, maar kan toch ook niet verhullen dat het allemaal wel erg veel is.

De bouw aan het gevaarte gaat gestaag door, de bouwplaats wordt nauwelijks bezocht door het parlement, de wetenschap is teruggekeerd naar het publiceren over vooral het positieve recht.

Het lijkt op het eerste gezicht alsof met het systeem van de aanvullingswetten een aanbouw in tranches alsnog mogelijk is, maar de onderlinge verknoping van de verschillende wetten blokkeert de inmiddels noodzakelijke tranchering.

Het on hold zetten van de aanvullingswetten en het in het werking laten treden van de eerste fase van de Omgevingswet is alleen mogelijk door via een novelle een substantiële wijziging van (het voorstel van) de Invoeringswet Omgevingswet af te dwingen.<sup>46</sup>

De regering zal geen initiatief nemen tot geleidelijke inwerkingtreding en is voornemens om alle kanonnen aan boord te houden. Naar haar mening kan alleen dit in de steigers gezette oorlogsschip de strijd aanbinden met de (niet onderzochte) problemen binnen het omgevingsrecht.

Het advies van scheepsbouwer Henrik Hybertsson zou kunnen zijn om nog eens goed na te denken over de constructie van het schip en om in ieder geval de tewaterlating uit te stellen. Maar de regering zal daar, net als Gustaaf II Adolf, die zijn schip dringend nodig had voor het oplossen van de problemen met de Polen, niet naar willen luisteren.

---

45 Zo ook het Invoeringsbesluit Omgevingswet dat al 35 besluiten intrekt, besluiten die ook bepalingen bevatten die opgenomen zullen worden in de aanvullingsbesluiten.

46 Zo ook een zeer substantiële wijziging van het Invoeringsbesluit Omgevingswet, waarmee 35 AMvB's worden ingetrokken en 40 worden gewijzigd.

Zoals het er nu uitziet zal het gigantische gevaarte van de stelselherziening op 1 januari 2021 met volle zeilen zijn maiden trip aanvangen. De geschiedenis laat echter zien dat het verstandig is om toch nog even te wachten met de champagnedoop: een mooie ceremoniële taak voor Koningin Amalia.



# Na 55 jaar (?) 'goede ruimtelijke ordening' naar 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties': oude wijn in nieuwe zakken?

*Mr. dr. F.A.G. (Frank) Groothuijse & mr. dr. H.J. (Henk) de Vries*



*Grootste deel Kleine Kaart in actie in het predigitale fototijdperk! Wel aanwezig maar niet op foto: Toon en Henk.*

## Inleiding

Beste Jan,

Henk: Wij kennen elkaar inmiddels al weer een flink aantal jaren. Jij was de geestelijk vader van het inmiddels in bepaalde kringen toch wel vermaarde Genootschap 'De Kleine Kaart'. Deze (nog steeds wat) schimmige Herenclub bestond aanvankelijk uit Jan Struiksma, Paul van der Ree, Dick Peters en Henk de Vries. Wat we gemeenschappelijk hadden, was dat we allemaal aan proefschriften werkten op het gebied van het ruimtelijk bestuursrecht. Het constituerend beraad was op maandag 19 augustus 1991 bij Paul thuis in Den Bosch. Het was best wel een spannende tijd want waar 'DKK' voor het eerst het licht zag, werd in dezelfde tijd in toen nog de Sovjet-Unie een mislukte coupoging ondernomen tegen Michail Gorbatsjov en Boris Jeltsin. In september 1993

traden nog twee nieuwe leden toe: Arnoud Fortgens en de helaas veel te vroeg overleden Toon de Gier. We hebben veel mooie bijeenkomsten gehad waar op zijn tijd flink werd gediscussieerd en Paul heel wat lange en onnavolgbare maar altijd briljante betogen gehouden heeft. Het is nog niet zo lang geleden dat hij op de proppen kwam met de Wet van 1 november 1924, geheten de Wet Zwerfstroom! Doel van deze wet: het tegengaan van ‘aantasting van metalen voorwerpen in den bodem door zwerfstroomen, afkomstig van de spoorstaven van elektrische spoor- en tramwegen’. Deze wet heeft gegolden tot 1 december 2015! Ik ontkom er niet aan op deze plaats ook het hilarische verhaal te vertellen waarin jij en Toon de Gier de hoofdrolspelers waren. En ja, wellicht denk je nu: dat heb ik toch al eerder gelezen. Dat klopt, ik heb het hier ook over gehad in mijn bijdrage aan de Toon-bundel.<sup>1</sup> Dus ga ik nu citeren: “Ik vierde in mei 2011 mijn 40-jarig verblijf in overheidsdienst bij café Orloff in de Utrechtse binnenstad. Het was al wat later op de avond toen iemand bij mij kwam met de mededeling dat er iets met Jan Struiksma was gebeurd. Ik naar buiten en zag dat Jan van top tot teen helemaal rood zag. Net een tomatenmannetje! Wat was er gebeurd? Gezeten op het terras, was Jan met Toon en nog een paar mensen (in ieder geval Frank, Gertie, Liza) in discussie. Toon had net daarvoor zijn glas tot de rand toe gevuld met rode wijn. In het vuur van de discussie verhiel hij plotseling met een heftige beweging dat volle glas. De wijn werd als een douche over Jan uitgestort. Het pak van Jan werd op kosten van Toon gestoomd. Was geen wijnvlek meer te bekennen, maar het pak bleek wel aan alle kanten met ongeveer 2 cm. Gekrompen te zijn. Boze tongen beweerden later dat Jan eerst een aantal kilo’s heeft moeten laten voordat hij weer in dat pak paste. Toon vertelde me later: “Heeft me € 40,- gekost, maar ik heb wel voor € 50,- plezier gehad!” Tot zover deze onvergetelijke gebeurtenis!

Jij gaat nu met pensioen. Dat betekent dat Dick Peters nog als enige in actieve dienst is (afgezien van de in tijd beperkte werkzaamheden die ik nog heel even bij de provincie Utrecht verricht). ‘DKK’ kan nu dus wel worden getransformeerd in een Herenclub van Pensionado’s! Ik wens je heel veel gezondheid en een fijn leven in jouw volgende levensfase.

Frank: Helaas maak ik geen onderdeel uit van het illustere Genootschap ‘De Kleine Kaart’, maar ook ik heb evenals Jan en alle andere DKK-leden veel liefde voor het ruimtelijk bestuursrecht. Ook kan ik de humor en rebelseid van Jan erg waarderen. Ik had dan ook graag met hem samengewerkt, maar dat is er helaas (nog) niet van gekomen. Ik voel me met Jan dan ook zeer Verwant, maar helaas wel zonder Verband.

Frank en Henk: Wij weten dat jij veel passie hebt voor de komende Omgevingswet! Daar gaan we het dus graag over hebben. We hebben echter toch maar een vraagteken in de titel van ons verhaal geplaatst omdat niet kan worden uitgesloten dat de Wro qua leeftijd misschien nog wel een paar jaartjes extra kan gaan bijtellen en - anders dan jij - voorlopig dus nog helemaal niet met pensioen gaat. Jij draait al enkele decennia mee in de wereld van de ruimtelijke ordening en hebt vele nieuwe ontwikkelingen voorbij zien komen. Daarom leek het ons een aardig idee om het daar over te hebben. Wat was, wat is en wat gaat komen? Een ‘evenwichtige toedeling van functies aan locaties’ in het

---

1 ‘Geen toekomst voor de reactieve aanwijzing in de nieuwe Omgevingswet’ in: *Toonbeelden. Gedachten over provinciaal omgevingsrecht ter herinnering aan Toon de Gier*, Kluwer: Deventer 2013, p. 65-76.

omgevingsplan, is dat nu echt zoveel anders als het toekennen van bestemmingen aan een stuk grond in het bestemmingsplan op basis van het criterium ‘goede ruimtelijke ordening’? Het kan natuurlijk niet missen, de ‘situeringskenmerken’ van Paul van der Ree ontbreken niet in ons verhaal. Het is het verhaal van twee generaties.

## 1 Artikel 10 Wet op de Ruimtelijke ordening en ‘een goede ruimtelijke ordening’

Een belangrijk moment in de ontwikkeling van de ruimtelijke ordening was de instelling in 1938 van de Staatscommissie-Frederiks, die tot taak kreeg de regering van advies te dienen over wijzingen van de Woningwet 1901, met name over de ruimtelijke ordening. Het verslag van deze Commissie werd uitgebracht op 26 april 1940. Enkele weken later brak de Tweede Wereldoorlog uit waardoor het werk van de Commissie niet tot een nieuwe wettelijke regeling heeft geleid. In 1947 werd de Staatscommissie-Van den Bergh ingesteld, die als opdracht had te onderzoeken in hoeverre en op welke wijze de Woningwet 1901 herziening behoeft. Als grondslag voor het onderzoek diende het wetsontwerp dat de Staatscommissie-Frederiks bij haar eindadvies had gevoegd. Het verslag van de Commissie-Van den Bergh werd uitgebracht in 1950. Naar het oordeel van deze Commissie zou de Woningwet 1901 gesplitst moeten worden in twee wetten: een Ruimtetwet en een Woningwet. Op basis van de door deze Commissie aangeboden wetsvoorstellen werd het interdepartementale overleg gestart dat zou leiden tot twee nieuwe wetsvoorstellen die in 1956 bij de Tweede Kamer (TK) werden ingediend.<sup>2</sup>

Bij Koninklijke Boodschap van 23 januari 1956 werd het ontwerp van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) aan de TK aangeboden.<sup>3</sup> Kernartikel werd gevormd door artikel 10, de enige materiële norm uit de wet. De essentie van deze bepaling was ‘dat de raad voor zover dit ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening nodig is, de bestemming van de in het plan begrepen grond kan aanwijzen waarbij *zo nodig, in verband met die bestemming*, voorschriften worden gegeven over het gebruik van de in het plan begrepen grond en de zich daarop bevindende opstallen’.<sup>4</sup> De regering gaf in de memorie van antwoord (MvA) aan het niet noodzakelijk te vinden “dat een definitie van ruimtelijke ordening in de wet wordt opgenomen. Onzekerheid op dit punt kan niet tot moeilijkheden leiden; omschrijvingen van overheidstaken als Volkshuisvesting, Volksgezondheid of Waterstaat zal men dan ook doorgaans niet in de wetgeving aantreffen.” En over de betekenis van ruimtelijke ordening: “Zij kan worden omschreven als het leiding geven bij de ruimtelijke ontwikkelingen van een gebied teneinde het ontstaan van een voor de gemeenschap zo gunstig mogelijk geheel te bevorderen.”<sup>5</sup>

2 Paul van der Ree, ‘Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling’, dissertatie Utrecht 2000, Bouwrechtmonografieën nr. 18, Instituut voor Bouwrecht Den Haag, p. 97 e.v. Zie ook Henk de Vries, ‘De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid’, dissertatie Utrecht 1994, Bouwrecht Monografieën nr. 12, Instituut voor Bouwrecht Den Haag, p. 2 e.v.

3 *Kamerstukken II* 1955/56, 4233, nr. 1-4.

4 De verplichting een bestemmingsplan vast te stellen gold overigens uitsluitend voor het buiten de bebouwde kom gelegen grondgebied.

5 *Kamerstukken II* 1958/59, 4233, nr. 6, p. 2, Van der Ree, a.w., p. 101. Zie voor een uitgebreide beschrijving Van der Ree, a.w., p. 101 e.v.

Dat wetgevingstrajecten voor omgevingsrecht geruime tijd in beslag nemen, is geen nieuw verschijnsel. Waar het wetsvoorstel WRO in 1956 aan de TK werd aangeboden, zou het nog tot 1 augustus 1965 duren voor deze wet in werking trad.<sup>6</sup> De ‘Oude Dame’ heeft het lang volgehouden. Vele wetswijzigingen later trad op 1 juli 2008 de nieuwe Wet ruimtelijke ordening (Wro) in werking.<sup>7</sup> Het oude artikel 10 uit de WRO werd nu artikel 3.1, kort samengevat inhoudende de verplichting voor de raad om ‘voor het gehele grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven’.<sup>8</sup> Het begrip ‘goede ruimtelijke ordening’ is een vage norm die door het bevoegde bestuursorgaan moet worden ingevuld.<sup>9</sup> Deze invulling is afhankelijk van plaats, tijd en omstandigheden. Uit de parlementaire behandeling van de Wro blijkt dat de wetgever van oordeel is dat de redactie van artikel 3.1 Wro het mogelijk maakt een relatie te leggen tussen de ruimtelijke ordening en het beleidsterrein van milieu.<sup>10</sup> Het feit dat het een vage en daarmee ook flexibele norm betreft, maakt het mogelijk dat de wetgever 40 jaar na de inwerkingtreding van de WRO kon aangeven (waarschijnlijk) een ruimere invulling van het begrip ‘goede ruimtelijke ordening’ voor te staan dan de wetgever uit de jaren 50 die dit begrip in de WRO introduceerde, zonder wezenlijke redactionele wijzigingen in de nieuwe bepaling aan te brengen.<sup>11</sup> Weliswaar kwam het *noodzakelijkheids-criterium* uit artikel 10 WRO niet terug in artikel 3.1 Wro, maar dit criterium betrof de vraag of een planvoorschrift nodig was met het oog op een in een bestemmingsplan aan gronden gegeven bestemming. Het criterium raakte echter niet aan de vraag of een bepaald onderwerp wel of niet ruimtelijk relevant was. In paragraaf 3 komen wij terug op de betekenis van dit criterium.

## 2 Ontwikkelingen in de rechtsbescherming: van Kroon tot bestuursrechter

Op grond van artikel 10 WRO door de raad vastgestelde bestemmingsplannen moesten door gedeputeerde staten (GS) worden goedgekeurd. Artikel 28 WRO vormde de wettelijke basis voor deze bevoegdheid van GS. Tegen een besluit van GS over de goedkeu-

---

6 De WRO is als wet van 5 juli 1962 gepubliceerd in *Stb.* 1962, nr. 286 en de Woningwet is als wet van 12 juli 1962 gepubliceerd in *Stb.* 1962, nr. 287.

7 *Stb.* 2008, nr. 227.

8 De verplichting een bestemmingsplan vast te stellen werd nu dus uitgebreid tot het hele grondgebied van de gemeente.

9 Konijnenbelt heeft hierover opgemerkt dat de essentie van het bestemmingsplan (welke bestemmingen worden gegeven aan gronden en welke voorschriften worden daarbij eventueel gegeven) in beginsel is overgelaten aan de gemeenteraad en dat de wet (destijds nog de WRO) daarvoor alleen de buitengewoon vage maatstaf van ‘een goede ruimtelijke ordening’ heeft meegegeven. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *‘Hoofdstukken van administratief recht’*, tiende dr., Den Haag 1997, p. 171.

10 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 21-22.

11 De ABRvS heeft ter motivering van haar uitspraak ook op deze toelichting gewezen (ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:237, *TBR* 2015/126, m.nt. J.C. van Oosten (Geluidsverkeering in bestemmingsplan voor gezoneerd industrieterrein is ruimtelijk relevant)). Deze uitspraak komt aan de orde in paragraaf 3.

ring van een bestemmingsplan kon beroep bij de Kroon worden ingesteld.<sup>12</sup> Het beroep was niet gericht tegen het door de raad vastgestelde bestemmingsplan maar tegen het GS-besluit. Het Kroonberoep behoorde tot het administratief beroep, wat betekent dat de Kroon niet alleen de rechtmatigheid maar ook de doelmatigheid van het bestreden besluit beoordeelde. In oktober 1985 verscheen het Benthem-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).<sup>13</sup> De essentie van dit arrest is dat bij het vaststellen van burgerlijke en verplichtingen iedereen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. Het Hof oordeelde dat artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) op het geschil van toepassing was en dat de Kroon als beroepsinstantie niet voldeed aan de eisen van het Verdrag omdat de Kroon geen onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie is.

Het Benthem-arrest leidde het einde in van het Kroonberoep over bestemmingsplangeschillen. Gedurende een korte interimperiode werd een afzonderlijke voorziening getroffen in de Tijdelijke wet Kroongeschillen voor bestemmingsplannen die het karakter hadden van een beschikking.<sup>14</sup> Voor bestemmingsplannen die het karakter hadden van een besluit van algemene strekking bleef het Kroonberoep nog even gehandhaafd. Met de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op 1 januari 1994 werden alle bestemmingsplangeschillen onderworpen aan het oordeel van de nieuwgevormde Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). Anders gezegd: het administratief beroep bij dergelijke geschillen werd nu volledig vervangen door bestuursrechtspraak. Voor een uitgebreidere beschouwing over dit onderwerp verwijzen wij naar onze bijdrage aan de 'Lex-bundel' uit 2017.<sup>15</sup>

### 3 Het begrip 'goede ruimtelijke ordening' en de ontwikkelingen in de jurisprudentie

Bij de verandering van wettelijk regime in 2008 is het oude artikel 10 WRO niet ongewijzigd overgenomen, maar is het nieuwe artikel 3.1 Wro redactioneel gewijzigd. Wat bleef is de vage norm 'goede ruimtelijke ordening', wat verdween is het *noodzakelijkheidscriterium*. In de eerste volzin van artikel 3.1 Wro wordt verordonneerd dat de gemeenteraad voor het gehele grondgebied van de gemeente één of meer bestemmingsplannen vaststelt, waarbij *ten behoeve van* een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. In de memorie van toelichting (MvT) wordt hierover het volgende gezegd: "In de woorden «ten behoeve van» zit het «noodzakelijkheidscriterium» besloten dat in artikel 10 van de huidige WRO met zoveel woorden is

12 Dat besluit kon inhouden: de goedkeuring van een bestemmingsplan, de onthouding van goedkeuring aan dat plan, de gedeeltelijke goedkeuring van een bestemmingsplan en daaraan gekoppeld de gedeeltelijke onthouding van goedkeuring aan dat plan.

13 EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, m.nt. Alkema, *AB* 1986/1, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.

14 Zie J.B.J.M. ten Berge, M.C. Burkens, P.J.J. van Buuren, 'De Tijdelijke wet Kroongeschillen', W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1987.

15 Frank Groothuijse en Henk de Vries, 'Over rechtmatige bestemmingsplannen die een onrechtmatige daad jegens een burger opleveren: verleden, heden en toekomst', *TO* 2017, nr. 2, p. 37-50.



opgenomen.”<sup>16</sup> Van der Ree heeft er in zijn proefschrift uit 2000 op gewezen dat het criterium zo nodig, in verband met die bestemming (het noodzakelijkheidscriterium) vooral moet worden opgevat als een voorwaarde voor de inhoud van planvoorschriften (bouw- en gebruiksvoorschriften).<sup>17</sup> Het gaat daarbij volgens Van der Ree niet zozeer om voorschriften in verband met die bestemming die zo nodig kunnen worden gegeven maar vooral om voorschriften die kunnen worden gegeven voor zover dat nodig is in verband met die bestemming. Zijn samenvattende conclusie is dat alleen die gebruiksbepkeringen nodig in verband met die bestemming zijn die ertoe dienen om te voorkomen dat een bestemming (a) niet of niet goed gerealiseerd kan worden, (b) niet goed kan functioneren of geheel of gedeeltelijk wordt verdrongen door een ander gebruiksdoel-eind, of (c) niet goed aansluit bij omliggende bestemmingsvlakken.<sup>18</sup>

Onze kritiek op het huidige artikel 3.1 Wro is dat de wetgever de analyses en conclusies van Van der Ree niet - of in ieder geval niet voldoende - heeft doorgrond. Miskend is dat het noodzakelijkheidscriterium uit artikel 10 WRO voorwaardenstellend was aan de inhoud van de planvoorschriften. In artikel 3.1 Wro ontbreekt dit voorwaardenstellend kader aan de planregels echter omdat de woorden *ten behoeve van* nu eenmaal een andere juridische lading hebben dan de woorden *zo nodig, in verband met die bestemming*: het zijn geen synoniemen! Om een parallel te trekken: op grond van artikel 15 lid 3 onder b van de Dienstenrichtlijn moet een besluit dat betrekking heeft op de activiteiten van een dienstverrichter *noodzakelijk* zijn, wat wil zeggen dat het betreffende besluit gerechtvaardigd moet zijn om een dwingende reden van algemeen belang. Hier dient zich de overeenkomst met het noodzakelijkheidscriterium uit artikel 10 WRO aan. Een planvoorschrift (oud) mocht alleen een beperking inhouden wanneer die beperking nodig was met het oog op een goede ruimtelijke ordening. In dat geval zou kunnen worden gesproken van een dwingende reden van algemeen belang.<sup>19</sup> Voor een planregel (nieuw) geldt die beperking echter niet, omdat de woorden *ten behoeve van* nu eenmaal niet dezelfde normatieve betekenis hebben als de woorden *zo nodig, in verband met die bestemming*. De wetgever heeft dus een rem weggehaald waardoor artikel 3.1 Wro in beginsel geen belemmering bevat voor planregels die allerlei beperkingen inhouden die misschien nog wel strekken *ten behoeve van* een goede ruimtelijke ordening maar die niet zonder meer *noodzakelijk* zijn met het oog op een goede ruimtelijke ordening. Daar hoeft op zich niets mis mee te zijn, maar wanneer wordt gekozen voor verruiming van de reikwijdte van in bestemmingsplannen opgenomen planregels (artikel 3.1 Wro) ten opzichte van de vroegere planvoorschriften (artikel 10 WRO), moet dat een bewuste keuze zijn en niet het gevolg van een (juridische) misvatting.

Tijd voor een verkenning van het begrip ‘goede ruimtelijke ordening’. Van der Ree heeft er reeds in 1989 op gewezen dat een bestemmingsplan door de ene deskundige kan worden gekwalificeerd als globaal en door de andere als gedetailleerd, zonder dat er geschikte begrippen bestaan om tot een zinvolle gedachtewisseling te komen.<sup>20</sup> Volgens Van der Ree is een bestemming of een ruimtelijk gebruiksdoel-eind een functie van de

---

16 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 93.

17 Van der Ree, a.w., p. 323-324.

18 Van der Ree, a.w., p. 341.

19 Zie de 3 door Van der Ree geformuleerde criteria die wij hiervoor hebben weergegeven.

20 P. van der Ree, ‘Bestemmen met beleid in het licht van de paradox van ‘s-Jacob’, *BR* 1989, p. 574.

grond met bijzondere invloed op of bijzondere eisen aan de omgeving. Uit een oogpunt van situering is een dergelijke functie niet zomaar verwisselbaar met een andere, zodat gesproken kan worden van een functie met eigen situeringskenmerken.<sup>21</sup> Wanneer dit begrip een voldoende duidelijke beschrijving krijgt ontstaat eveneens duidelijkheid over de vraag waarin een ruimtelijke functie verschilt van andere grondgebruiksfuncties. Onder situeringskenmerken verstaat Van der Ree: eisen of overwegingen ten aanzien van de ligging van een functie of de omvang van het ruimtebeslag door een functie. Als voorbeelden noemt hij: een benodigde bebouwingsmassa, een minimale breedte of diepte van het ruimtebeslag, een minimaal benodigde of maximaal toelaatbare vloer- of terreinoppervlakte, een maximale loop- of reisafstand, een bepaalde ligging in de verkeersstructuur, een benodigd draagvlak, een bepaalde verkeersaantrekkende, een bepaalde mate van milieubelasting of een bepaalde graad van gevoeligheid, een rustige of juist drukke omgeving. En dan volgt de conclusie: als er geen verschil is in situeringskenmerken, is er geen aanleiding om in doeleinden te differentiëren, dan is er geen sprake van een aparte ruimtelijke functie.<sup>22</sup> Mede met een beroep op de geschiedenis van de Woningwet 1901, heeft Van der Ree zich op het standpunt gesteld dat het laagste ordeningsniveau in de ruimtelijke ordening bestaat uit de toepassing van situeringskenmerken op 'blok- of straatniveau'. Wanneer een bestemmingsplan op dat niveau bestemmingen onderscheidt is er sprake van een gedetailleerd bestemmingsplan: het bestemmen is in dit geval het resultaat van het waarden van situeringskenmerken op 'blok- of straatniveau'.

In de jurisprudentie wordt al sinds jaar en dag het begrip 'ruimtelijk relevant' en het daaraan gerelateerde begrip 'ruimtelijke uitstraling' gehanteerd om te kunnen beoordelen of een bestemmingsplanregeling uit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening aanvaardbaar is. Wanneer er verschil bestaat in de situeringskenmerken van een functie - de ruimtelijke uitstralingseffecten van die functie zijn hiervoor bepalend - is er aanleiding om in een bestemmingsplanregeling te differentiëren, omdat dan sprake is van een aparte ruimtelijke functie die gevolgen heeft voor de kwaliteit van de leefomgeving. In dat geval is er sprake van ruimtelijke relevantie en moet worden voldaan aan de wettelijke eis van een goede ruimtelijke ordening. Wij zullen aan de hand van een aantal uitspraken bezien welke ontwikkelingen zich in de loop van de tijd hebben voorgedaan bij de invulling van het begrip goede ruimtelijke ordening en welke conclusies hieruit getrokken kunnen worden. Begonnen wordt met een Koninklijk Besluit (KB), dat in ieder geval behoort tot de belangrijkste KB's die door de Kroon zijn genomen, omdat het zeer bepalend geweest is voor de relatie tussen ruimtelijke ordening en milieu in het bestemmingsplan.

21 Zie over het begrip situeringskenmerken uitgebreid Van der Ree in zijn dissertatie, a.w. Zie voorts Jan Struiksma, *'Verwant zonder verband. De coördinatie van de bouw- en de milieuvergunning'*, dissertatie VU Amsterdam 1993, Bouwrecht Monografieën nr. 11, Instituut voor Bouwrecht Den Haag, en De Vries, a.w.

22 P. van der Ree, *BR* 1989, p. 575. Hij heeft daarbij gewezen op het feit dat de situeringskenmerken van een functie kunnen verschillen naar het soort gebied waar het om gaat, maar met de tijd ook kunnen veranderen zoals dat met bijvoorbeeld agrarische bedrijven en wegen met een stroomfunctie is gebeurd.

*Milieunormen en bestemmingsplan: het contraire KB Hefshuizen*

Uiterst relevant is het (contraire) KB van 17 december 1987 (Hefshuizen), tot stand gekomen onder het kabinet Lubbers II.<sup>23</sup> In het door de raad op 26 september 1978 vastgestelde bestemmingsplan 'Buitengebied Noord (Eemshaven)' zijn grenswaarden opgenomen over luchtverontreiniging en geluidhinder. Naast enkele andere appellanten - waaronder de regionale inspecteur van de Volksgezondheid in Groningen - stelde ook de raad van de gemeente Hefshuizen beroep in bij de Kroon omdat hij het oneens was met de onthouding van goedkeuring door GS aan de in de planvoorschriften opgenomen maximale concentratiewaarden voor zwaveldioxide, roet en koolmonoxide. De Raad van State Afdeling geschillen van bestuur (AGRvS) had zich in haar advies van 11 november 1982 op het standpunt gesteld dat het belang dat betrokken is bij het bieden van een veelzijdige vestigingsplaats in de Eemshaven voor veelal samenhangende industrie, niet toelaat dat in het bestemmingsplan, naast inrichtingen voor kernenergie, bepaalde soorten bedrijven worden uitgesloten. In haar nader advies van 20 maart 1987 stelde de AGRvS onder meer: "Uw Minister kon zich er in de eerste plaats niet in vinden, dat in het ontwerp-besluit wordt gesteld, dat het belang, betrokken bij het bieden van een omvangrijke en veelzijdige vestigingsplaats voor veelal samenhangende industrie, niet toelaat in het plan naast inrichtingen, waarin kernenergie wordt vrijgemaakt, bepaalde soorten van bedrijven uit te sluiten. Uw Minister achtte het nodig, dat het bestemmingsplan wel voorschriften van deze strekking bevat (...)" De AGRvS persisteerde vervolgens bij haar standpunt uit 1982.<sup>24</sup> Voormalig minister Nijpels van Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM) reageerde in zijn eindstandpunt als volgt: "In het gewijzigde ontwerp-besluit is de Afdeling weliswaar aan een aantal bezwaren van mijn ambtsvoorganger tegemoet gekomen, doch niet aan diens - door mij gedeelde - hoofdbezwaar inzake de planologische invulling van de gedeelten van het voorliggende plan, waaraan een industriële bestemming is gegeven. Op dit punt is het oorspronkelijke ontwerp-besluit ongewijzigd gebleven. Het punt, dat de Afdeling en mij verdeeld houdt, betreft het door de Afdeling in haar ontwerp-besluit van 11 november 1982 uitgesproken oordeel, dat het belang, betrokken bij het bieden van een veelzijdige vestigingsplaats voor veelal samenhangende industrie, niet toelaat in het plan naast inrichtingen voor kernenergie bepaalde soorten bedrijven uit te sluiten." Wat volgde, was een uitgebreid KB. De kern van het oordeel van de Kroon was dat een zoneringssysteem, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten industriële bestemmingen met ieder een eigen regime voor de toelaatbaarheid van bedrijven, in beginsel aanvaardbaar is. Door het aanvaarden van het zoneringssysteem was het mogelijk om in bestemmingsplannen te werken met de op de VNG-brochure 'Bedrijven en Milieuzonering' gebaseerde 'Staat van Inrichtingen', die onder meer af-

---

23 KB 17 december 1987, ECLI:NL:XX:1987:AM9990, *BR* 1988, p. 278, m.nt. J. Wessel, *AB* 1988, p. 388, m.nt. AWK (Hefshuizen). Zie ook het proefschrift van Struiksma, a.w., die er op p. 64 op wijst dat uit onder meer dit KB volgt dat milieukwaliteitseisen buiten het bereik van de ruimtelijke ordening vallen. Niettemin doet dat geen afbreuk aan de grote betekenis van dit KB. Wij komen daar in paragraaf 4 op terug.

24 Adviezen van 11 november 1982, nr. 79/82 en 20 maart 1987, nr. 79/82/2. Op basis van het tot 1 januari 1994 geldende art. 58 lid 3 van de Wet op de Raad van State moest een contrair KB in het Staatsblad (Stb.) worden geplaatst. Daarbij moest ook het ontwerp-besluit van de AGRvS worden opgenomen. Helaas hebben wij het betreffende nummer van het Stb. niet langs digitale weg kunnen achterhalen en om die reden niet als bron kunnen vermelden.

standsnormen bevat voor de aspecten geur, stof, geluid en gevaar. Op deze wijze werden ruimtelijk relevante milieunormen in het bestemmingsplan mogelijk. Drupsteen over de betekenis van dit KB: “Belangrijk is dat de minister het stelsel van staten van inrichtingen en zonering toegepast wil zien voor de bescherming van natuurwaarden. (...)”<sup>25</sup>

Het betrof een contrair KB, dat wil zeggen dat de Kroon afweek van het advies van AGRvS. De minister van VROM merkte in zijn eindstandpunt over het door de AGRvS uitgebrachte nader advies van 20 maart 1987 - kort samengevat - op dat het volgen van het advies zou betekenen dat bepaalde bedrijven zich zonder enige beperking in de Eemshaven zouden kunnen vestigen. Deze consequentie werd door de bewindsman niet aanvaardbaar geacht, in het bijzonder gelet op de hoofddoelstellingen van de regeringsnota over de hoofdlijnen van de ontwikkeling van de Waddenzee (PKB Waddenzee). Voorts wees de minister erop dat minister Korthals Altes van Justitie tijdens het overleg over het voornemen om ‘contrair te gaan’, gerefereerd heeft aan de betekenis van het Benthem-arrest uit 1985 en artikel 6 EVRM. Het standpunt van Justitie was dat met ‘contrair gaan’ grote terughoudendheid moet worden betracht maar dat er in dit geval geen aanleiding bestond om het afwijken van het advies van de AGRvS door de Kroon te ontraden. Zo deed de Benthem-uitspraak van het Hof van Justitie uit 1985 ook haar betekenis gelden in de slepende procedure over het bestemmingsplan van de gemeente Hefshuizen.

Wessel heeft in zijn noot bij dit KB onder meer de volgende conclusie geformuleerd: “In dit KB heeft het ecologisch gerichte denken van de Minister gezegevierd boven het te beperkte anthropocentrische denken van de Afdeling. Voorts bevestigt dit KB dat het ruimtelijk instrumentarium kan worden benut voor doeleinden van milieubeheer. Dus geen scheiding, maar integratie van beleidsterreinen. Opname van milieunormen in bestemmingsplannen is geoorloofd en hier zelfs geboden in die zin dat bepaalde typen bedrijven geweerd kunnen c.q. moeten worden. Daarmee wordt de lijn uitgezet bij het KB Maasvlakte doorgetrokken. (...)” Wat voorts nog opvalt is de lange duur van de procedure. Het bestemmingsplan werd op 26 september 1978 door de raad vastgesteld, op 6 november 1979 namen GS een beslissing over de goedkeuring, op 11 november 1982 en op 20 maart 1987 werden adviezen uitgebracht door de ABRvS en tot slot volgde op 17 december 1987 het KB. Alles bij elkaar een procedure ruim 9 jaar, dat gaat tegenwoordig toch een stuk sneller!

#### *Verbod van woningsplitsing in bestemmingsplan: ABRvS (Groningen)*

In het door de raad van de gemeente Groningen op 23 april 2014 vastgestelde bestemmingsplan ‘Woningsplitsing’ is een verbod op woningsplitsing opgenomen met een afwijkingsbevoegdheid ten behoeve van appartementen van 50 m<sup>2</sup> en groter. Het betreft een overkoepelende regeling die betrekking heeft op 45 vigerende bestemmingsplannen. De ABRvS oordeelde<sup>26</sup>: (a) het aantal bewoners van een pand dat voor kamerverhuur is bestemd kan ruimtelijk relevant worden geacht voor en van invloed zijn op het woon- en leefklimaat in de omgeving, (b) de raad heeft zich, gelet op de uiteenzetting ter

25 Th. G. Drupsteen, *Men R* 1988/2, p. 45.

26 ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1758, *TBR* 2015/115, m.nt. H.J. de Vries (Bestemmingsplan Groningen).

zitting, in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de voorziene regeling bij afweging van alle in het licht van woningsplitsing ruimtelijk relevante belangen strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.

De ABRvS had eerder al in een uitspraak van 8 februari 2012 geoordeeld dat een ruimtelijk relevant verschil bestaat tussen bewoning van een pand door studenten en door een gezin, omdat de ruimtelijke uitstraling verschilt, alleen al gelet op de leeftijdssamenstelling en het levensritme van de onderscheiden bewoners.<sup>27</sup> In een uitspraak van 23 oktober 2013 was de ABRvS tot de conclusie gekomen dat het door de raad van de gemeente Nijmegen op 6 maart 2013 vastgestelde bestemmingsplan 'Nijmegen West' is vastgesteld in strijd met artikel 3.1 Wro, omdat de planregeling onbeperkte woningsplitsing en kamerbewoning mogelijk maakte. Een relevante overweging daarbij was dat geen onderzoek is uitgevoerd om te kunnen beoordelen of kamerbewoning en woning-splitsing in het plangebied ruimtelijk aanvaardbaar is.<sup>28</sup>

*Evenementen in bestemmingsplan: ABRvS (Noordoostpolder, Onderbanken en Ermelo)*

Er zijn inmiddels redelijk veel uitspraken waarin de ABRvS heeft geoordeeld over een in het bestemmingsplan opgenomen evenementenregeling of juist het ontbreken daarvan. In een uitspraak van 5 december 2012 was in beroep de ontoereikendheid van een in de planregels van het door de raad op 10 november 2011 vastgestelde bestemmingsplan 'Emmeloord-De Deel, Stadshart' opgenomen evenementenregeling aan de orde. De ABRvS oordeelde<sup>29</sup>: (a) dat de evenementen mede worden gereguleerd door de APV kan geen reden zijn om onderzoek naar het antwoord op de vraag of de geluidsbelasting in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening in dit geval achterwege te laten, (b) een evenementenvergunning op basis van de APV is immers met name ingegeven vanuit het oogpunt van handhaving van de openbare orde en vormt geen toetsingskader voor de ruimtelijke aanvaardbaarheid van een evenemententerrein.

De ontoereikendheid van een evenementenregeling in de planregels was eveneens aan de orde in de beroepen tegen het door de raad van de gemeente Onderbanken op 20 juni 2013 vastgestelde bestemmingsplan 'Woonkernen 2013'<sup>30</sup> en het door de raad van de gemeente Ermelo op 15 juni 2017 vastgestelde bestemmingsplan 'Burgemeester Langmanstraat e.o.'<sup>31</sup> In beide gevallen kon de evenementenregeling uit het bestemmingsplan de toets der kritiek niet doorstaan en werd de betreffende planregeling vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel uit artikel 3:2 van de Awb.

---

27 ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3229 (Kamerbewoning Breda). Zie ook aantekening 1 van de noot bij de uitspraak Groningen.

28 ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1669 (Bestemmingsplan Nijmegen). Zie ook aantekening 1 van de noot bij de uitspraak Groningen.

29 ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5093, *TBR* 2013/70, m.nt. H.J. de Vries (Bestemmingsplan en omgevingsvergunning Noordoostpolder).

30 ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:101, *TBR* 2014/101, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Planologische regeling evenementen Onderbanken).

31 ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2502, *TBR* 2018/142, m.nt. H.J. de Vries (Bestemmingsplan en omgevingsvergunning Ermelo).

*Geluidsverkaveling in bestemmingsplan: ABRvS (Papendrecht)*

In de planregels van het door de raad van de gemeente Papendrecht op 13 juni 2013 vastgestelde bestemmingsplan 'Bedrijventerrein Oosteind' is een koppeling gelegd met het geluidverdeelplan als onderdeel van het zonebeheerplan dat is opgenomen in bijlage 3 bij het bestemmingsplan. In beroep betoogde de Betoncentrale Papendrecht dat de vaststelling van een geluidbeheerplan in strijd is met het systeem van de Wet geluidshinder en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (het Activiteitenbesluit). Het standpunt van de ABRvS luidde<sup>32</sup>: (a) geoordeeld wordt dat de bestreden planregeling, gelet op het doel hiervan, een ruimtelijk relevant karakter heeft omdat met het geluidverdeelplan immers beoogd wordt een doelmatige verdeling van de beschikbare geluidruimte over de diverse percelen van het industrieterrein en daarmee een doelmatig grondgebruik, te waarborgen, (b) dit doel kan niet worden bereikt door het stellen van geluidgrenswaarden aan individuele inrichtingen bij de verlening van vergunningen waarbij van belang is dat de Afdeling in haar uitspraak van 2 november 2011 in zaak nr. 201008546/1/M1 heeft overwogen dat in de Wet milieubeheer niet is bepaald, noch daaruit kan worden afgeleid, dat een omgevingsvergunningaanvraag mede moet worden getoetst aan een krachtens artikel 164 van de Wet geluidshinder vastgesteld zonebeheerplan, (c) nu gelet hierop de verdeling van de beschikbare geluidruimte op een industrieterrein niet in het kader van de vergunningverlening is gewaarborgd, heeft de raad in redelijkheid kunnen besluiten om een verdeling van de beschikbare geluidruimte in het bestemmingsplan te waarborgen, (d) anders dan Betoncentrale Papendrecht betoogt staat artikel 3.1, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro), noch de milieuwet- en regelgeving, gelet op het voorgaande, er aan in de weg dat het geluidverdeelplan in het bestemmingsplan wordt opgenomen, (e) daarbij wordt in aanmerking genomen dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3.1, eerste lid, van de Wro (Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 21-22) volgt dat de redactie van artikel 3.1 van de Wro het mogelijk maakt een relatie te leggen tussen de ruimtelijke ordening en het beleidsterrein van milieu.

*Dierenaantallen en geurregels in bestemmingplan: ABRvS (Bladel)*

De raad van de gemeente Bladel stelde op 13 maart 2014 het bestemmingsplan 'Buitengebied 2014' vast. In dit plan is een regeling opgenomen waarbij per diersoort de maximale diersoorten zijn vastgelegd. Uit de plantoelichting blijkt dat de raad de toegestane diersoorten en -aantallen van (met name intensieve) veehouderijen heeft willen beperken om de transformatie van veehouderijen tot duurzame veehouderijen te helpen bevorderen en dat mede door middel van deze transformatie beoogd is de gevolgen van veehouderijen voor de omgeving te reguleren. Door enkele appellanten werd in beroep aangevoerd dat regels die zien op milieueffecten niet in een bestemmingsplan thuishoren en dat diersoorten niet-ruimtelijk relevant zijn. De ABRvS oordeelde<sup>33</sup>: (a) de raad heeft met het beperken van diersoorten en -aantallen beoogd ruimtelijke gevolgen van dergelijke veehouderijen te reguleren, (b) er bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat de planregeling niet is gericht op het beperken van ruimtelijke gevolgen van veehoude-

32 Zie noot 11.

33 ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3394, TBR 2015/191, m.nt. M. Engelberts (Geurregels in bestemmingsplan).

rijen voor de omgeving zodat deze regeling om die reden niet in het plan had mogen worden opgenomen, zoals [appellant sub 5] heeft gesteld, (c) met het oog op een goede ruimtelijke ordening staat het de raad in beginsel vrij om per diersoort dieraantallen in het bestemmingsplan op te nemen die voor veehouderijen maximaal zijn toegestaan; (d) anders dan [appellante sub 2], [appellant sub 4] en [appellante sub 7] stellen is de op een veehouderij aanwezige diersoort een ruimtelijk relevant gegeven.

Waar de ABRvS zich in deze uitspraak op het standpunt stelt dat het beperken van diersoorten en -aantallen een ruimtelijk relevant gegeven is en zich daarom leent voor regulering in de regels van een bestemmingsplan, ligt dat anders voor de geurregels die eveneens in de regels van het bestemmingsplan zijn opgenomen. Deze worden in strijd geacht met het wettelijk stelsel uit de Wet geurhinder en veehouderij (Wgv), het Activiteitenbesluit milieubeheer, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en het Besluit omgevingsrecht. De kern van het standpunt van de ABRvS is dat het zich niet met dit wettelijk systeem verdraagt dat een voorafgaande toets aan een milieunorm als hier aan de orde plaatsvindt in het kader van een aanvraag omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen.

*Bouwrecht en rechtszekerheid in bestemmingsplan: ABRvS (Almere)*

Het door de raad van de gemeente Almere op 29 september vastgestelde bestemmingsplan 'Oosterwold' is vastgesteld met toepassing van artikel 2.4 lid 1 aanhef en onder k van de Crisis- en herstelwet, in samenhang met artikel 7c van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet. Dat betekent dat het bestemmingsplan een experimenteer karakter heeft. In beroep voerde appellant Bouwinvest aan dat enkele onderdelen van de planregels in strijd zijn met de rechtszekerheid omdat het bouwrecht afhankelijk is van wat de vele andere eigenaren in het plangebied doen. Artikel 13.10 van de planregels heeft betrekking op het programma. In het eerste lid is het maximum percentage per kaveltype aangegeven: standaardkavel 73%, landbouwkavel 10% en landschapskavel 17%. Het tweede lid bevat het maximum percentage per functie: wonen 61%, bedrijven 29%, kantoren 4,5% en voorzieningen 5,5%. De ABRvS oordeelde<sup>34</sup>: (a) in de genoemde uitspraak van 19 januari 2005 is overwogen dat voor gebruikers en eigenaren een redelijke mate van zekerheid dient te bestaan over de vraag of voor een bepaald bouwvoornemen een bouwvergunning kan worden verleend en of een bepaald voorgenomen gebruik in overeenstemming met het plan kan worden geacht, (b) geoordeeld wordt dat het plan aan dit vereiste voldoet, mede gelet op de omstandigheid dat het bestemmingsplan een experimenteel karakter heeft, (c) daarbij is van belang dat de raad heeft toegelicht dat een gebiedsregisseur de kaveluitgifte en de verlening van omgevingsvergunningen monitort, zodat een initiatiefnemer bij de gebiedsregisseur kan informeren of de maximumpercentages in artikel 13, lid 13.10.1 en lid 13.10.2, van de planregels al zijn bereikt, (d) een initiatiefnemer behoeft dus niet eerst een gedetailleerd onderzoek te verrichten ter beantwoording van de vraag of voor het mogelijk maken van een bepaald bouwvoornemen een omgevingsvergunning kan worden verleend, (e) er bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat het plan op dit punt is vastgesteld in strijd met de rechtszekerheid.

---

34 ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1447, TBR 2017/126, m.nt. H.J. de Vries (Bestemmingsplan Oosterwold Almere).



De Vries heeft in aantekening 7 van zijn noot bij deze uitspraak het volgende opgemerkt over deze planmethodiek: “(...). Wat betreft de planregels uit het bestemmingsplan Oosterwold merk ik nog op dat het werken met maximum percentages binnen een bepaalde bestemming helemaal niet nieuw is. Ook in op de WRO uit 1965 gebaseerde bestemmingsplannen waren dikwijls planregels (toen nog voorschriften geheten) opgenomen, inhoudende dat van de gronden met de bestemming X maximaal 70% mag worden bebouwd. Ook toen moest een initiatiefnemer dus informatie inwinnen over nog resterende bouw- en gebruiksmogelijkheden binnen de bestemming X. Alleen niet bij een gebiedsregisseur maar gewoon bij een ambtenaar in het gemeentehuis!”

## 4 Onze opinie

Wij menen dat op goede gronden kan worden betoogd dat het hiervoor in paragraaf 3 e.v. besproken contraire KB Hefshuizen van 17 december 1987, een uiterst belangrijk kantelmoment geweest is in de geschiedenis van de WRO waar het gaat om de relatie tussen ruimtelijke ordening en milieu. Wanneer toenmalig minister Nijpels het nader advies van de ABRvS van 20 maart 1987 gevolgd hebben - en dus niet het ‘contrair gaan’ zou hebben bevorderd - zou er op dat moment geen enkele vorm van juridische integratie tussen beide beleidsvelden tot stand zijn gekomen.

Met het KB Hefshuizen werd door de Kroon dus een ruimere interpretatie aan het begrip ‘ruimtelijke relevantie’ gegeven dan de AGRvS voor ogen stond. De voorbeelden uit de jurisprudentie die wij hebben weergegeven in paragraaf 3 laten zien dat in de loop van de tijd steeds meer onderwerpen als ‘ruimtelijk relevant’ zijn gekwalificeerd en zich daarom lenen voor een regeling in het bestemmingsplan. Uitzondering vormen geuregels, omdat die een bepaald wettelijk stelsel doorkruisen (er is hier sprake van een gesloten stelsel).<sup>35</sup> Niet onvermeld mag blijven de opkomst van de voorwaardelijke verplichting in de jurisprudentie van de ABRvS. Dit instrument heeft zich vanaf 2006 ontwikkeld, dus nog onder het regime van de WRO. Kort gezegd kan deze verplichting worden gekwalificeerd als ‘Voor wat hoort wat’.<sup>36</sup> De essentie is dat een bepaalde beoogde planologische ontwikkeling alleen mogelijk wordt gemaakt als daar een planologische tegenprestatie tegenover staat. Nijmeijer heeft in zijn noot bij de uitspraak Meerlo-Wanssum de volgende typering van de voorwaardelijke verplichting gegeven<sup>37</sup>: “Dat een bestemmingsplanregel kan verplichten tot het uitvoeren van een bepaalde activiteit, is uit eerdere jurisprudentie bekend. Het gaat dan om verplichtingen die zijn gekoppeld aan een bepaald type gebruik dat van gronden en/of bouwwerken wordt gemaakt. Anders gezegd: het bestemmingsplan laat een bepaald type gebruik alleen toe als tegelijkertijd een door het bestemmingsplan voorgeschreven activiteit wordt uitgevoerd. Dergelijke activiteiten worden ook wel aangeduid met de term ‘voorwaardelijke verplichting.’” In de uitspraak Meerlo-Wanssum oordeelde de ABRvS dat de vestiging van een bedrijventerrein in het buitengebied alleen aanvaardbaar was wanneer een voorwaardelijke verplichting in de regels van het bestemmingsplan zou voorzien in de aanleg

---

35 Zie paragraaf 3 (ABRvS Bladel).

36 ‘Quid pro quo’ (‘Het ene voor het andere’).

37 ABRvS 29 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:9160, *Gst.* 2011/33, m.nt. A.A.J. de Gier, *AB* 2011/40, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Bestemmingsplan Meerlo-Wanssum).



en instandhouding van een afschermende beplantingshaag.<sup>38</sup> De ontwikkeling van de voorwaardelijke verplichting in de jurisprudentie was mogelijk, omdat het begrip ‘goede ruimtelijke ordening’ uit artikel 3.1 Wro - en voorheen artikel 10 WRO - een vage norm is die ruimte biedt voor juridisch adequate oplossingen voor ruimtelijk relevante problemen. Sinds 2006 zijn er redelijk wat uitspraken van de ABRvS geweest waarin de voorwaardelijke verplichting aan de orde is geweest.<sup>39</sup>

In paragraaf 3 is een KB en een aantal uitspraken van de ABRvS weergegeven waarin het begrip goede ruimtelijke ordening centraal staat. In de volgende paragrafen gaan wij na of deze uitspraken ook onder de komende Omgevingswet (Ow) nog van betekenis zijn.

## 5 Evenwichtige toedeling van functies aan locaties: oude wijn in nieuwe zakken?

Het omgevingsplan is het belangrijkste instrument voor de regulering van activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving. Bij omgevingsplan kunnen met het oog op de doelen van de wet regels worden gesteld over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving<sup>40</sup>, voor zover het Rijk of de provincie deze activiteiten niet zelf (uitputtend) hebben gereguleerd.<sup>41</sup> Die regels moeten ingevolge artikel 4.2 lid 1 Ow voor het gehele grondgebied van de gemeente in ieder geval een evenwichtige toedeling van functies aan locaties tot resultaat hebben. Het omgevingsplan moet op grond van deze bepaling immers voor het gehele grondgebied in ieder geval de regels bevatten die *nodig* zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Deze in artikel 4.2 lid 1 Ow geformuleerde taak is een voortzetting van het criterium ‘goede ruimtelijke ordening’ uit de Wro, maar dan met de ruimere strekking van ‘de fysieke leefomgeving’. Een evenwichtige toedeling

---

38 Een privaatrechtelijke overeenkomst werd terecht niet voldoende geacht omdat die - anders dan een publiekrechtelijke bestemmingsplanregeling - nu eenmaal geen waarborgen voor derdebelanghebben biedt.

39 Zie ondermeer ABRvS 22 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV6291, *AB* 2006/421, m.nt. A.A.J. de Gier, *Gst.* 2006/74, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *BR* 2006/115, m.nt. H.J. de Vries (Bestemmingsplan Bedrijvenpark Linderveld Deventer), ABRvS 29 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO:9160, *Gst.* 2011/33, m.nt. A.A.J. de Gier, *AB* 2011/40, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Bestemmingsplan Meerlo-Wansum), ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6846, *TBR* 2011/125, m.nt. H.J. de Vries (Wijzigingsplan Maasdriel), ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1653, *AB* 2014/8, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *TBR* 2013/184, m.nt. H.J. de Vries (Bestemmingsplan Molenwaard), ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1290, *AB* 2014/97, m.nt. F.A.G. Groothuijse (Bestemmingsplan Aa en Hunze), ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2783, *TBR* 2014, m.nt. H.J. de Vries (Bestemmingsplan Gemert-Bakel), ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3260, *TBR* 2014/187, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Voorwaardelijke verplichting wijzigingsplan Woudenberg), ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:411, *TBR* 2018/74, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (Voorwaardelijke verplichting Goeree-Overflakkee), ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1942, *TBR* 2018/107 (Voorwaardelijke verplichting Beesel).

40 Artikel 4.1 Ow.

41 Rijk en provincies kunnen deze activiteiten gelet op het subsidiariteitsbeginsel uit artikel 2.3 leden 2 en 3 Ow alleen zelf rechtstreeks reguleren wanneer dat nodig is met het oog op een nationaal onderscheidenlijk provinciaal belang dat niet doelmatig en doeltreffend door het gemeentebestuur kan worden behartigd of wanneer dat nodig is voor een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden.

van functies aan locaties wordt in het omgevingsplan bereikt door activiteiten onderling evenwichtig over locaties te reguleren. Volgens de toelichting bij de Invoeringswet impliceert evenwichtig reguleren van activiteiten ‘een locatiegerichte benadering waarbij de schaarse ruimte binnen de fysieke leefomgeving op een zo goed mogelijke wijze wordt verdeeld, ingericht en benut’. Over de wijze waarop de gemeentebesturen activiteiten onderling evenwichtig over locaties toedelen en reguleren, hebben zij op grond van de Ow, binnen de juridische bindende kaders van de bovengemeentelijke instructieregels die zijn opgenomen in het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) en de provinciale omgevingsverordeningen, veel beslisruimte. Dat kan door uitdrukkelijk functies aan locaties toe te delen, maar dat hoeft volgens de MvT bij de Invoeringswet niet per se.<sup>42</sup> Wij kunnen ons eigenlijk niet voorstellen hoe dit op andere wijze zou kunnen, laat staan waarom een gemeentebestuur daarvoor zou kiezen. In de toelichting worden daarvoor ook geen alternatieve wijzen van regulering aangedragen.

De kern van ons betoog is dat het begrip ‘goede ruimtelijke ordening’ in de loop der tijd steeds ruimer is uitgelegd door bestuursorganen en de bestuursrechter, zodat het nieuwe begrip ‘evenwichtige toedeling van functies aan locaties’ daaraan in juridische zin niet veel toevoegt. Dat neemt niet weg dat de reikwijdte van het omgevingsplan wel degelijk is verruimd ten opzichte van het bestemmingsplan, omdat daarin ook niet-ruimtelijk relevante regels kunnen worden opgenomen, zoals regels over het emitteren van CO<sub>2</sub> en energiebesparing. Bovendien worden veel milieubelastende activiteiten die nu nog op grond van het Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm) worden geregeld niet langer op rijksniveau in het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) gereguleerd. De niet-ruimtelijk relevante milieugevolgen van deze activiteiten zullen dan ook op grond van artikel 4.1 lid 1 Ow met het oog op de doelstellingen van de Ow in het omgevingsplan kunnen worden gereguleerd. In zoverre is er dus zeker sprake van een verruiming van de reikwijdte van het omgevingsplan ten opzichte van het bestemmingsplan. Waar het echter gaat om ruimtelijke relevante aspecten, zijn wij van mening dat het begrip ‘nodig voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties’ nieuwe wijn in oude zakken is en dat de jurisprudentielijn die onder de WRO en Wro is ontwikkeld over de vraag welke aspecten als ruimtelijk relevant moeten worden beschouwd, van waarde blijft.

De regering lijkt geen onderscheid te (willen) zien tussen regels die in ieder geval nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (artikel 4.2 Ow) enerzijds en anderzijds andere regels die met het oog op de doelen van de wet in het omgevingsplan kunnen worden gesteld over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving (artikel 4.1 Ow). In het voorstel voor de Invoeringswet Ow is de tekst van artikel 4.2 Ow daarom gewijzigd. Deze wijziging beoogt volgens de regering duidelijk te maken dat het omgevingsplan in ieder geval moet zorgen voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, zonder onderscheid te maken met welke regels dat doel moet worden bereikt. Een evenwichtige toedeling van functies aan locaties wordt als resultante beschouwd van alle regels die in het omgevingsplan zijn opgenomen. Volgens de regering is het veronderstelde juridisch relevante onderscheid tussen 4.1-regels en 4.2-regels daarmee komen te vervallen. In onze ogen is dat onderscheid er wel en is dat onderscheid ook nuttig en nodig.

---

<sup>42</sup> MvT Invoeringswet Ow, p. 53-54.

Een locatiegerichte benadering waarbij de schaarse ruimte binnen de fysieke leefomgeving in een gebied op een zo goed mogelijke wijze wordt verdeeld, ingericht en benut, zoals het in de toelichting wordt verwoord, kan in onze ogen niet zonder het situeren en reguleren van gebruiksmogelijkheden (of activiteiten) van de grond ten opzichte van elkaar. Activiteiten die op de ene locatie worden toegestaan, kunnen namelijk invloed hebben op de activiteiten die op andere locaties in de omgeving zijn toegestaan of op de mogelijkheid om op die locaties andere activiteiten toe te staan. Deze wederkerigheid is van oudsher inherent aan de ruimtelijke afwegingen die ook bij de vaststelling van regels in een omgevingsplan zullen moeten worden gemaakt. Zonder die ruimtelijke afwegingen, resulterend in situeringsbeslissingen ten aanzien van toegelaten activiteiten, kan naar onze mening niet worden beoordeeld of de planregels een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in een bepaald gebied opleveren.

Evenals bij de toedeling van bestemmingen aan de grond ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening, is deze afweging wederkerig van aard. De gebruiksmogelijkheden die aan een bepaalde locatie worden toegekend, kunnen het functioneren van andere functies die aan die of andere (omliggende) locaties zijn toebedeeld en/of de mogelijkheden om bepaalde functies aan andere locaties toe te kennen, beïnvloeden. De situeringsmogelijkheden van functies (of activiteiten) hangen af van de situeringskenmerken die het gemeentebestuur aan de verschillende functies toekent. De situeringskenmerken van een functie zijn de bijzondere eisen die de functie stelt aan de omgeving, zoals een maximale belasting van geluid of geur op een milieugevoelige functie, of de bijzondere invloed die de functie heeft op de omgeving, zoals de verkeersaantrekkende werking, parkeerbehoefte, een bepaalde mate van geluid- of geurhinder, etc.<sup>43</sup> Bij de toedeling van functies aan locaties binnen een bepaald gebied zal het gemeentebestuur dan ook moeten beoordelen hoe deze functies elkaar wederzijds beïnvloeden en welke regels nodig zijn om die functies, gelet op de situeringskenmerken daarvan, binnen dat gebied met elkaar 'in evenwicht' te brengen, in die zin dat voorkomen kan worden dat de ene functie de andere functie verdringt, aantast of belemmert. In de MvT bij de Ow spreekt de regering zelf ook over 'situeringskenmerken' van functies.<sup>44</sup> De (ruimtelijke) afweging die het gemeentebestuur bij de vaststelling van regels met het oog op een evenwichtige toedeling van functies in het omgevingsplan moet maken, verschilt in onze ogen naar zijn aard dan ook niet wezenlijk van de ruimtelijke afweging die de gemeenteraad thans moet maken bij de vaststelling van een bestemmingsplan. Dat er daarnaast ook nog andere niet-ruimtelijke relevante regels in het omgevingsplan kunnen of moeten worden opgenomen voor activiteiten in de fysieke leefomgeving die niet wederkerig van aard zijn, doet daar wat ons betreft niet aan af. De ruimtelijke afweging die bij de situeringsbeslissingen en het stellen van regels in zowel bestemmingsplannen als omgevingsplannen moet worden gemaakt, is vanwege de wederkerige aard daarvan, dan ook niet op een lijn te stellen met het stellen van regels in een reguliere verordening. Dat alleen al

---

43 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 138. Zie ook paragraaf 3, waar wij hebben gewezen op de beschouwingen van Van der Ree over situeringskenmerken in zijn artikel in *BR* en zijn dissertatie, a.w., alsmede de dissertaties van Struiksma en De Vries, a.w., over de betekenis van dit begrip.

44 Vgl. F.A.G. Groothuijs en R. Kegge, 'Het omgevingsplan, integraal en marginaal?', Preadvis voor de Vereniging voor Bouwrecht, Instituut voor Bouwrecht, 's-Gravenhage: 2017, p. 4-5 en p.138-140 en J.R. van Angeren, 'Het omgevingsplan in de Omgevingswet', *TO* 2016, nr. 1/2, p. 15.

rechtvaardigt naar ons oordeel om bij de vaststelling van een omgevingsplan beide vormen van regulering te onderscheiden.

*Verschil tussen functie- en bestemmingstoedeling*

De regering is van oordeel dat gemeentebesturen in het omgevingsplan wel functie-aanduidingen mogen vastleggen, maar dat ze daar op grond van artikel 4.2 lid 1 Ow niet toe verplicht zijn. In de MvT Invoeringswet Ow merkt de regering over het werken functie-aanduidingen in het omgevingsplan het volgende op:

‘Het vastleggen van functie-aanduidingen in een omgevingsplan biedt een basis om de regels voor activiteiten te kunnen indelen. Dit vormt een hulpmiddel om de regels over activiteiten, waarmee het vereiste evenwicht wordt bereikt, te kunnen ordenen. Een kapstok waaraan in het omgevingsplan regels over activiteiten kunnen worden opgehangen. Het omgevingsplan kan zo worden ingericht dat in het omgevingsplan aan een functie-aanduiding een bundeltje van toegelaten activiteiten wordt gekoppeld.

(...)

Het toedelen van een functie-aanduiding aan een locatie heeft op zichzelf geen zelfstandig rechtsgevolg. Het toedelen van een functie-aanduidingen kan bijdragen aan een verbeelding van het omgevingsplan. Ook kunnen functie-aanduidingen behulpzaam zijn bij de ordening van het omgevingsplan en zijn regels waarmee functie-aanduidingen aan locaties worden toegedeeld in die zin ondersteunend van aard en daardoor bijvoorbeeld vergelijkbaar met meetbepalingen en begripsomschrijvingen. Een functie-aanduiding alleen adresseert niemand. Het leidt niet tot een verbod of verplichting. Men kan niet handelen in strijd met een regel waarmee louter een functie-aanduiding op een locatie is ‘geplakt’. Als al sprake is van enig rechtsgevolg, is dit louter indirect van aard.

(...)

Gegeven dat een functie-aanduiding geen direct rechtsgevolg heeft, leidt het enkel en alleen werken met functie-aanduidingen niet tot een evenwichtige situatie. Een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, ontstaat dan ook niet door in het omgevingsplan functie-aanduidingen aan locaties toe te delen. Het rechtsgevolg en daarmee het evenwicht, ontstaat uitsluitend door regels te stellen over activiteiten.<sup>45</sup>

Wat de regering opmerkt over functie-aanduidingen, geldt thans ook voor bestemmingen. Een bestemmingsaanduiding op de planverbeelding heeft op zichzelf ook geen rechtsgevolg en leidt dus ook niet tot een verbod of verplichting. Ook een bestemming krijgt pas rechtsgevolg door de regels die met het oog daarop zijn vastgesteld en het verbod op grond van artikel 2.1 lid 1 sub c Wabo om zonder omgevingsvergunning van het bestemmingsplan af te wijken. Bestemmingsplanregels moeten op grond van artikel 3.1.3 Besluit ruimtelijke ordening niet voor niets voor iedere bestemming in ieder geval een doeleindenomschrijving bevatten, die aangeeft welke activiteiten op gronden met een bepaalde bestemmingsaanduiding zijn toegestaan. De bestemmingsaanduiding kan bijvoorbeeld heel ruim zijn, zoals ‘Gemeende doeleinden’ of ‘Centrumdoeleinden’, maar de doeleindenomschrijving in de planregels bepaalt uiteindelijk welke deelfuncties ter plaatse van die bestemming zijn toegestaan.<sup>46</sup> Naast de doeleindenomschrijving moeten in het bestemmingsplan regels worden opgenomen die nodig zijn met het oog op de

<sup>45</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 59-60.

<sup>46</sup> Zie ook Van Buuren e.a., ‘*Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*’, 10<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer 2017, p. 27-28.

binnen die bestemming (toegelaten activiteiten) en de aansluiting van die bestemming bij omliggende bestemmingsvlakken. Evenals een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, ontstaat een goede ruimtelijke ordening dus niet door enkel het toedelen van functies onderscheidenlijk bestemmingen aan locaties, maar door de planregels over de op die locatie toegelaten activiteiten. Al met al zien wij geen wezenlijke verschillen tussen functie- en bestemmingstoedeling.

## **6 Schijnverruiming van 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties'**

### *Niet-locatiespecifieke functietoekenning*

De redenering in de MvT bij de Ow, dat de toekenning van functies aan locaties niet alleen vanuit ruimtelijke ordeningsperspectief, maar ook vanuit andere motieven binnen de zorg van de fysieke leefomgeving wenselijk zijn, zoals de bescherming van cultuurhistorische waardevolle gebouwen of de mogelijkheid om milieunormen in omgevingsplannen op te nemen, overtuigt ons niet.<sup>47</sup> De toedeling van de monumentale functie aan een gebouw heeft in onze ogen namelijk geen gevolgen voor de situeringsmogelijkheden van andere functies in de omgeving en is dan ook niet van belang met het oog op (het bereiken van) een evenwichtige toedeling van functies. Dat wil niet zeggen dat de bescherming niet in een omgevingsplan zou kunnen worden geregeld. Dat is mogelijk, omdat cultureel erfgoed onderdeel uitmaakt van de fysieke leefomgeving en op grond van artikel 2.4 jo. artikel 4.1 lid 1 Ow met oog daarop regels kunnen worden gesteld. Omdat deze regels niet nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, hoeven dergelijke regels dus niet op grond van artikel 4.2 Ow in het omgevingsplan te worden opgenomen. Wordt in het omgevingsplan aan de locatie waar het monumentale gebouw zich bevindt een bedrijfsfunctie toegekend of worden bedrijfsactiviteiten toegestaan, dan is er wel sprake van een locatiespecifieke functietoekenning, omdat daardoor de situeringsmogelijkheden van (milieugevoelige) functies in directe omgeving worden beïnvloed. Bovendien stelt een bedrijfsfunctie bijzondere eisen aan de omgeving, zoals voldoende parkeergelegenheid, een goede verkeersontsluiting, etc. In dat geval zullen er met het oog op de bedrijfsfunctie of de omliggende (milieugevoelige functies) regels nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies. Voor de monumentale functie zijn uitsluitend regels nodig ter bescherming van de monumentale waarde van het gebouw, die onafhankelijk zijn van de locatie van dat gebouw.

### *Milieunormen en -regels in omgevingsplannen*

Wat betreft het opnemen van milieunormen in omgevingsplannen moet naar onze mening een onderscheid worden gemaakt tussen locatiespecifieke en niet-locatiespecifieke milieunormen.<sup>48</sup> Niet-locatiespecifieke milieuregels, zoals regels over energiebesparing CO<sub>2</sub>-reductie, gelden overal, ongeacht de locatiespecifieke omstandigheden. Deze regels zijn ruimtelijk niet relevant en kunnen daarom niet in bestemmingsplannen wor-

---

<sup>47</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 137-138.

<sup>48</sup> Zie ook F.A.G. Groothuijse en R. Kegge, *'Het omgevingsplan, integraal en marginaal?'*, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht, Instituut voor Bouwrecht, 's-Gravenhage: 2017, p. 25-29.

den gesteld. Voor zover het Bal en de provinciale verordening daarover geen regels stellen of de mogelijkheid bieden om daarover maatwerkregels in omgevingsplannen op te nemen, zullen deze regels te zijner tijd wel in omgevingsplannen kunnen worden opgenomen. In zoverre is dus sprake van een verruimde reikwijdte van het omgevingsplan. Dat maakt evenwel niet dat deze niet-locatiespecifieke (of niet-ruimtelijke relevante) regels nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.

De milieubelasting van supermarkten zal na inwerkingtreding van de Ow bijvoorbeeld niet langer op rijksniveau (Bal) worden gereguleerd. De regels over energiebesparing, die thans op grond van afdeling 2.6 Abm onder meer ook gelden voor supermarkten, zullen na inwerkingtreding van de Ow automatisch bij wijze van bruidsschat in alle omgevingsplannen terecht komen.<sup>49</sup> Gemeentebesturen zullen daarna met inachtneming van eventuele instructieregels uit het Bkl zelf moeten beslissen of zij deze regels in het omgevingsplan handhaven, andere regels vaststellen of deze regels uit het omgevingsplan schrappen.<sup>50</sup>

Locatiespecifieke milieunormen, zoals immissienormen,<sup>51</sup> moeten daarentegen reeds op grond van de huidige jurisprudentie in bestemmingsplannen worden opgenomen als die normen noodzakelijk zijn met het oog op een goede ruimte ordening.<sup>52</sup> Daarvan kan sprake zijn als ruimtelijke relevante milieugevolgen van activiteiten überhaupt niet op grond van milieuregelgeving kunnen worden gereguleerd, zoals stemgeluid afkomstig van terrassen of speelpleinen.<sup>53</sup> Voor de beoordeling van de planologische aanvaardbaarheid van deze activiteiten mag de planwetgever in dat geval aansluiting zoeken bij de geldende milieunormen. Dat neemt echter niet weg dat wanneer ook de ruimtelijk relevante milieugevolgen wel op grond van milieuregelgeving zijn of kunnen worden gereguleerd, de planwetgever onder het huidige recht een zelfstandige (planologische) afweging moet maken of en onder welke voorwaarden, de mogelijke milieugevolgen van positief te bestemmen milieubelastende (bedrijfs)activiteiten voor omliggende (milieugevoelige) bestemmingen aanvaardbaar zijn.<sup>54</sup> Eventueel kunnen met het oog daarop in het bestemmingsplan strengere normen of regels worden gesteld aan de uitoefening van de milieubelastende activiteiten dan de normen of regels die voor deze activiteiten in het brongerichte milieuspoor zijn gesteld.<sup>55</sup> Wordt een goede ruimtelijke ordening

49 Een supermarkt zal in het Bal namelijk niet als milieubelastende activiteit worden aangewezen.

50 Het Bkl voorziet niet in instructieregels die gemeentebesturen verplichten om in omgevingsplannen regels over energiebesparing op te nemen.

51 Een immissienorm geeft aan wat de maximale milieubelasting (zoals geur of geluid) op een bepaald object of een bepaalde functie mag zijn.

52 Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2103, *JM* 2015/112, m.nt. F. Arents (Bestemmingsplan Woerden). In een uitspraak van 25 juni 2003 werd een direct doorwerkende geluidsnorm in de voorschriften van een bestemmingsplan aanvaard geacht (ABRvS 25 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH8622, *AB* 2003/380, m.nt. J. Struiksma (Bestemmingsplan Heerhugowaard)).

53 Zie paragraaf 3 en de daar vermelde uitspraak ABRvS 26 maart 2014 Onderbanken. Nijmeijer is in zijn noot bij deze uitspraak nader op deze geluidsaspecten ingegaan.

54 Daarbij moet de planwetgever thans uitgaan van de maximale planologische gebruiksmogelijkheden die het bestemmingsplan biedt.

55 Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2013, *JM* 2015, 112 m.nt. F. Arents (Bestemmingsplan Woerden). De Afdeling oordeelde dat in de planologische regeling van een evenemententerrein ten onrechte geen maximum geluidnormen waren opgenomen om de omliggende (woon)

voldoende gewaarborgd door de toepasselijke milieureggeving, dan zijn aanvullende bestemmingsplanvoorschriften niet nodig ten behoeve een goede ruimtelijke ordening en kunnen deze dan ook niet in het bestemmingsplan worden opgenomen.<sup>56</sup> Voor wat betreft het opnemen van locatiespecifieke milieunormen of -regels in het omgevingsplan, die *nodig* zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, vindt in onze ogen dan ook geen verruiming plaats aangezien deze op grond van artikel 3.1 lid 1 Wro met het oog op een goede ruimtelijke ordening ook reeds in het bestemmingsplan kunnen (en moeten) worden opgenomen.

Wel is het zo dat de afstemming tussen het ruimtelijke en het milieuspoor onder de Ow door de verruiming van de reikwijdte van het omgevingsplan zal verbeteren. Dat komt voornamelijk doordat veel milieubelastende activiteiten niet langer op rijksniveau zullen worden gereguleerd en de ten aanzien van de locatiespecifieke gevolgen van milieubelastende activiteiten die nog wel door het Bal worden gereguleerd, een ruime maatwerkregelbevoegdheid voor het gemeentebestuur ontstaat. Veel milieubelastende activiteiten die nu nog in het Abm zijn gereguleerd, zoals kantoren, scholen en supermarkten, zullen niet meer op rijksniveau (in het Bal) worden gereguleerd. Voor milieubelastende activiteiten die wel in het Bal zijn gereguleerd voorziet deze regeling ten aanzien van locatiespecifieke aspecten zoals geluid-, geur-, en trillinghinder, niet in concrete regels maar in een specifieke zorgplicht.<sup>57</sup> Die zorgplicht kan bij maatwerkregels in het omgevingsplan locatiespecifiek worden geconcretiseerd,<sup>58</sup> zodat in een bepaald gebied een evenwichtige toedeling van functies aan locaties kan worden bereikt. Instructieregels uit het Bkl vereisen veelal een nadere concretisering van de specifieke zorgplicht uit het Bal voor deze locatiespecifieke aspecten, maar daarbij wordt gemeentebesturen - binnen een bepaalde bandbreedte - veelal nog een ruime mate van bestuurlijke afwegingsruimte gelaten om te komen tot een evenwichtige toedeling van functies in een bepaald gebied.<sup>59</sup>

#### *Autonomie en medebewind*

Zowel milieubelastende activiteiten die niet door het Bal zijn gereguleerd als de wel door het Bal geregleerde milieubelastende activiteiten waarvoor (ruime) maatwerkcre-

---

bestemmingen te beschermen tegen (onaanvaardbare) geluidhinder afkomstig van het evenemententerrein. Zie ook: ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2476, *BR* 2015/104, m.nt. C.N.J. Kortmann (Bestemmingsplan Amsterdam) en ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4439, *JM* 2013/12, m.nt. R. van Bommel (Bestemmingsplan Lelystad). In sommige gevallen is het milieuspoor exclusief, in die zin dat in het bestemmingsplan geen strengere normen of regels kunnen worden opgenomen. De Wvg is daarvan een voorbeeld. Zie hierover paragraaf 3 en de daar vermelde uitspraak ABRvS 4 november 2015 Bladel (geen geurregels in bestemmingsplan).

56 In sommige gevallen kan het bevoegd gezag door het stellen van maatwerkvoorschriften op grond van het Abm een goede ruimtelijke ordening waarborgen. De ABRvS eist in dat geval niet dat deze maatwerkvoorschriften reeds zijn vastgesteld voordat het bestemmingsplan wordt vastgesteld. Voldoende is dat de planwetgever er op voorhand redelijkerwijs van uit kan gaan dat de maatwerkvoorschriften stand zullen houden in een eventuele beroepsprocedure. Zie o.m. ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1879, *JM* 2014/90, m.nt. Arents (Bestemmingsplan Bernheze) en ABRvS 3 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3269, *JM* 2014/126, m.nt. Haakmeester (Bestemmingsplan Tetteringen).

57 Artikel 2.11 Bal.

58 Artikel 2.12 Bal.

59 Zie bijvoorbeeld de paragrafen 5.4.1.2 Bkl (geluid) en 5.4.1.6 Bkl (geur). Zie *Stb.* 2018, 292 (NvT Bkl), p. 318-327.



gelbevoegdheid bestaat, zullen op grond van artikel 4.2 lid 1 Ow in het omgevingsplan *moeten* worden gereguleerd, indien dat *nodig* is voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.<sup>60</sup> Artikel 4.2 lid 1 Ow roept het gemeentebestuur dan ook in medebewind. Voor zover regels niet nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, *kunnen* deze activiteiten *met het oog op de doelstellingen* van de Ow worden op grond van artikel 4.1 Ow worden gereguleerd. Deze regels worden dan ook niet in medebewind maar in autonomie vastgesteld.<sup>61</sup> De belangrijkste consequentie van dit onderscheid is dat artikel 124 Gemeentewet (Gemw.) over taakverwaarlozing niet op deze regels van toepassing is. Van taakverwaarlozing als bedoeld in artikel 124 Gemw. is immers uitsluitend sprake bij medebewindstaken, zodat de taakverwaarlozingsregeling alleen betrekking heeft op de medebewindstaak ex artikel 4.2 lid 1 Ow en niet op de autonome bevoegdheid die voortvloeit uit artikel 4.1 Ow. Dit relevante onderscheid komt ook tot uitdrukking in de regeling van de bevoegdheden van bestuursorganen van Rijk en provincies om instructieregels te stellen en instructies te geven over de in het omgevingsplan op te nemen regels. Die beperkt zich tot regels die direct voortvloeien uit artikel 4.2 lid 1 Ow.<sup>62, 63</sup>

## 7 Gemeentelijke verordeningen

Regels over de fysieke leefomgeving moeten in het omgevingsplan worden opgenomen, tenzij het een onderwerp van regelgeving betreft dat reeds in een andere wet uitputtend is geregeld of op grond van de Ow reeds in bij omgevingsverordening of algemene maatregel van bestuur (AMvB) uitputtend is geregeld.<sup>64</sup> Dat betekent dat regels over de fysieke leefomgeving die het gemeentebestuur op grond van zijn autonome bevoegdheid op grond van artikel 108 Gemw. kan vaststellen, in het omgevingsplan moeten worden opgenomen als het gemeentebestuur besluit om dergelijke regels vast te stellen. De autonomie van het gemeentebestuur om die regels al dan niet te stellen en de inhoud daarvan te bepalen blijft daarbij onaangetast. De medebewindstaak blijft dus beperkt tot de verplichting om deze regels in het omgevingsplan op te nemen. Om te kunnen vaststellen of een activiteit kan worden gereguleerd in een autonome verordening is het doel van de relevante hogere regelgeving bepalend. Wordt een activiteit die gevolgen heeft of kan hebben voor de fysieke leefomgeving gereguleerd met het oog op de doelstellingen van de Ow, dan moeten die regels in het omgevingsplan worden opgenomen en behoren

60 Ook instructieregels kunnen daartoe verplichten als de regering of het provinciebestuur het stellen van bepaalde regels dat nodig acht voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.

61 Zie over het (grond)wettelijk kader voor autonomie en medebewind H.J. de Vries, 'Waarom aanwijzingen van Rijk en provincies op grond van de Wro tot het interbestuurlijk toezicht horen en waarom de reactieve aanwijzing kan worden gemist in de nieuwe Omgevingswet', *TO* 2013, nr. 1, paragraaf 5.

62 Artikel 2.25 lid 3 sub c onder 2 Ow en artikel 2.23 lid 3 sub c onder 1 Ow.

63 De minister ziet dat onderscheid overigens zelf ook, zo blijkt uit haar brief. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 11-13.

64 Artikel 1.4 Ow. Een voorbeeld van een dergelijk onderwerp is de verkeerswetgeving, die op grond van de Wegenverkeerswet 1994 uitputtend wordt geregeld, zodat de Omgevingswet daarop niet van toepassing is en daarover geen regels in het omgevingsplan kunnen worden opgenomen. Milieuzones en maximumsnelheden op gemeentewegen kunnen bijvoorbeeld op grond van de Wegenverkeerswet 1994 ten behoeve van het milieubelang worden ingesteld, zodat de Omgevingswet daarvoor geen grondslag biedt. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 27.



zij tot het medebewind. Is dat niet (evident) het geval, bijvoorbeeld omdat de regels een openbare orde of veiligheidsmotief hebben, zoals regels over het aantal beveiligers of het beslag op de gemeentelijke hulpdiensten bij evenementen of de arbeidsomstandigheden van prostituees, dan kunnen dergelijke regels echter niet in het omgevingsplan worden opgenomen.

Voor veel regels is het relatief eenvoudig om vast te stellen dat het motief de bescherming van de fysieke leefomgeving betreft, zoals regels over de bescherming van natuurschoon en bomen, de zorg voor het uiterlijk van een bepaald gebied, het innemen van ligplaatsen met woonboten, de omvang van terrassen etc., waardoor duidelijk is dat deze regels naar het omgevingsplan zullen moeten worden overgeheveld. Het blijven echter autonome regels, omdat de Ow niet verplicht tot het vaststellen hiervan. Probleem is dat de regels in autonome gemeentelijke verordeningen qua motief soms een gemengd karakter hebben. Deze bepalingen hebben naast een openbare orde- of veiligheidsmotief in dat geval ook (zijdelings) de bescherming van de fysieke leefomgeving als motief.<sup>65</sup> Op grond van artikel 2.7 Ow worden bij AMvB de gevallen aangewezen waarin regels over de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan mogen worden opgenomen, alsmede de gevallen waarin dat juist niet mag. Regels over het *gebruik* van de fysieke leefomgeving, zoals emissies en geurhinder, hoeven op grond van artikel 2.7 Ow jo artikel 2.1 lid 1 Omgevingsbesluit niet in het omgevingsplan te worden opgenomen. Dat sluit volgens ons echter niet uit dat regels over het gebruik van de fysieke leefomgeving wel degelijk nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Voor zover dat het geval is, eist artikel 4.2 lid 1 Ow dat deze regels in het omgevingsplan worden opgenomen. Zijn dergelijke regels echter niet nodig voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, dan hoeven deze regels niet in het omgevingsplan worden opgenomen. In zoverre is het onderscheid autonomie of medebewind relevant ook voor het al dan niet bestaan van een bevoegdheid of verplichting om bepaalde regels over het gebruik van de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan op te nemen.

Regels met een zuiver ruimtelijk motief die met het oog op een goede ruimtelijke ordening nodig zijn voor een goede ruimtelijke ordening kunnen ook op grond van het huidige recht op grond van artikel 121 Gemw. al niet in een gemeentelijke verordening worden opgenomen. Dergelijke regels moeten immers op grond van hogere regelgeving, te weten artikel 3.1 Wro, in het bestemmingsplan worden opgenomen. Voor zover dergelijke regels in gemeentelijke verordeningen worden opgenomen, zijn deze dan ook onverbindend. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om regels over het voorkomen en beperken van de aantasting van het woon- en leefklimaat door de exploitatie van een seksbedrijf. Dergelijke regels horen naar hun aard nu ook al in een bestemmingsplan thuis en niet in een gemeentelijke algemene plaatselijke verordening. In zoverre wordt de reikwijdte van het omgevingsplan in onze ogen dan ook niet verruimd.

## **8 Onze conclusies**

Onze belangrijkste conclusie is dat het begrip ‘nodig ten behoeve van goede ruimtelijke ordening’ zich sinds 1965 in de praktijk en rechtspraak steeds ruimer is uitgelegd en dat

---

65 Zie uitgebreider: J. Struiksma, ‘Verordeningsbepalingen in het omgevingsplan’, *TBR* 2017/21.

het nieuwe begrip 'nodig met het oog op een evenwichtige toedeling van functies' daar in juridische zin weinig of niets aan toevoegt. De verplichte ruimtelijke afweging die ook in het omgevingsplan zal moeten worden gemaakt is naar ons oordeel niet wezenlijk anders dan de ruimtelijke afweging die bij de vaststelling van bestemmingsplannen moet worden gemaakt. Functies (of activiteiten) zullen in een gebied ruimtelijk ten opzichte van elkaar moeten worden gereguleerd met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, ofwel met het oog op een goed werkende ruimtelijke structuur waarbij zoveel mogelijk tegemoet wordt gekomen aan de behoefte van de samenleving. Of die regulering nu nodig is ten behoeve van een 'goede ruimtelijke ordening' of nodig is met het oog op 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties', is wat ons betreft lood om oud ijzer: we hebben het dus over 'oude wijn in nieuwe zakken'. Wij verwachten dan ook dat de jurisprudentielijn die op dit punt onder de WRO en Wro is ontwikkeld, onverkort relevant blijft en voorzien geen rigoureuze breuk met deze lijn na de inwerkingtreding van de Ow.

De verruiming van de reikwijdte van het omgevingsplan ziet op de *bevoegdheid* om in het omgevingsplan, naast de *plicht* om daarin de regels op te nemen die nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, ook andere niet-ruimtelijk relevante regels over de fysieke leefomgeving op te nemen. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om regels over niet locatie-specifieke onderwerpen, zoals energiebesparing, CO<sub>2</sub>-uitstoot of milieubelastende activiteiten die niet langer op rijksniveau (in het Bal) zullen worden gereguleerd. Dergelijke regels zijn niet nodig voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, omdat zij niet-locatiespecifiek zijn. Daarom hoeft het gemeentebestuur deze regels niet op grond van artikel 4.2 lid 1 Ow in het omgevingsplan op te nemen maar *kunnen* zij daartoe op grond van artikel 4.1 lid 1 Ow met het oog op de doelstellingen van de Ow wel overgaan.

De verruiming ziet niet op ruimtelijk relevante regels die op grond van de huidige jurisprudentie ook nu al ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening in een bestemmingsplan kunnen (en moeten) worden opgenomen. Het gaat dan bijvoorbeeld om regels over de beperking van de uitstoot van geluid, (verontreinigende) stoffen, stank en andere (milieu)hinder die *nodig* zijn om een aanvaardbaar woon- en leefklimaat ter plaatse van milieugevoelige bestemmingen te waarborgen.

Het onderscheid tussen artikel 4.1- en 4.2-regels is niet louter juridisch-theoretisch van aard maar is ook relevant voor de uitoefening van het generieke interbestuurlijk toezicht op grond van artikel 124 Gemw. en de uitoefening van de instructie- en instructieregelbevoegdheid uit de Ow zelf. Artikel 4.2 Ow roept het gemeentebestuur immers in medebewind terwijl regels op grond van artikel 4.1 Ow in autonomie worden vastgesteld en om die reden niet aan interbestuurlijk toezicht onderworpen zijn.

Goede wijn wordt beter naarmate de jaren verstrijken. Wij snappen dan ook niet zo goed waarom de regering goede wijn - een predicaat dat het begrip 'een goede ruimtelijke ordening' de afgelopen decennia toch zeker heeft verdiend - zo graag wil verkopen in een nieuwe verpakking. Daarmee wordt in onze ogen geen recht gedaan aan de inhoud van dit begrip en de historische ontwikkeling daarvan, maar misschien nog wel belangrijker, wordt geen recht gedaan aan de aandacht, liefde en noeste arbeid die velen, waaronder Jan, decennialang aan 'een goede ruimtelijke ordening' hebben gewijd!



# De ontheffingsbevoegdheid ex artikel 4.1a Wro, het Unierecht en de Dienstenrichtlijn

*Mr. G.H.J. (Gijs) Heutink*

## 1 Inleiding: Impossible

Op mijn werkkamer hangt - al vanaf de eerste dag dat ik begon als advocaat-stagiaire - een ingelijst prentje ter grootte van een paar flinke postzegels. Het is een kopergravure uit



1549 van de eertijds befaamde Duitse graveur Hans Sebald Beham met de aanhef 'Impossible' of 'das Unmögliche'.<sup>1</sup> Men ziet een krachtpatser met ontbloot bovenlijf een poging doen met de blote handen een boom te vellen. De bijgaande tekst luidt: 'Niment under stesich groser Ding, die im zu thun unmuglich sindt.' Vrij vertaald: Iemand moet geen dingen wagen die hij niet kan. Bedenk: dit is gemaakt in de Duitse hoogrenaissance, een tijdsgewricht waarin juist alles leek te kunnen, van oorsprong bedoeld als oproep om de hybris in te tomen<sup>2</sup> en je bewust te zijn van je beperkingen. Maar ik heb dat prentje - dat inmiddels al een eeuwigheid in mijn vizier is als ik aan het werk ben - ook altijd willen zien als een aansporing om je uiterste best te doen, nieuwe dingen te proberen en niet te snel te denken dat iets onmogelijk is.

## 2 Van Veldhoven naar Appingedam, overstappen in Luxemburg

In een eertijds nog betrekkelijk onbekende zaak over een schoenenwinkel in Appingedam werd op 24 juli 2014 bepleit dat een branchebeperking voor detailhandel die was vervat in het vigerende bestemmingsplan behoorde te worden getoetst aan de eisen van

1 Het prentje is te vinden in een gedigitaliseerde versie op [www.cargocollective.com](http://www.cargocollective.com) en op [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org), ondermeer onder de zoekterm 'Hybris'.

2 'Die Hybris, die uns versuchen läßt, das Himmelreich auf Erden zu verwirklichen, verführt uns dazu, unsere gute Erde in eine Hölle zu verwandeln.' - Karl Popper, *Das Elend des Historizismus* (1964).

de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn.<sup>3</sup> De vestiging van de winkel werd niet vergund omdat de schoenenbranche ter plaatse was uitgesloten in een planregel, en het college van burgemeester en wethouders wilde daarvan niet afwijken. Bepleit werd dat de branchebeperking de toetsing aan de Dienstenrichtlijn naar verwachting niet zou doorstaan, en dat het college de planregel daarom buiten toepassing had moeten laten. De beroepsgrond dat detailhandel als een dienst in de zin van de richtlijn kwalificeert en dat vestigingsbeperkingen behoren te worden getoetst aan de eisen van de Dienstenrichtlijn was op dat moment al niet meer nieuw. Het standpunt is besproken in een sedert 2007 groeiende hoeveelheid wetenschappelijke publicaties<sup>4</sup> en was al bepleit in een veelheid van zaken bij de Afdeling, aanvankelijk sporadisch maar sedert 2009 met regelmaat.

Het aanvoeren van deze beroepsgrond was in die tijd bijna tegen beter weten in. Weliswaar vond de Europese Commissie uitdrukkelijk dat detailhandel als een dienst moest worden aangemerkt<sup>5</sup> en ook de minister leek - gegeven de verwijzingen in het Bro (art. 1.1.2 en art. 3.1.6 lid 4 Bro)<sup>6</sup> en de opbouw van de Dienstenwet - niet te willen uitsluiten dat detailhandel een dienst was,<sup>7</sup> maar de Afdeling hield er een geheel andere opvatting op na: detailhandel was in Unierechtelijke zin te beschouwen als het verkeer en de distributie van goederen, niet als een dienst.<sup>8</sup> Die opvatting werd categorisch

- 
- 3 Richtlijn 2006/123. Artikel 14 bevat verboden eisen betreffende de (vrije) toegang tot de uitoefening van een dienst, zoals het verbod om aan die toegang economische criteria te verbinden (art. 14 lid 5). Artikel 15 bevat '... aan evaluatie onderworpen eisen', die moeten voldoen aan de in lid 3 vermelde voorwaarden van noodzakelijkheid en evenredigheid, en aan het discriminatieverbod.
  - 4 Men zie de noten 68 en 73 van Deel I van 'Vestiging van Detailhandel: de toepassing van verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn', Prof. Mr. E. Steyger, prof. Mr. J. Struiksma en mr. M.R. Botman - maart 2015, Vrije Universiteit Amsterdam (hierna: het VU-onderzoek) en de daar aangehaalde oudste publicaties van ondermeer B. Hessel (o.a. 'De Dienstenrichtlijn leidt tot hoofdbreken voor de wetgever', *Regelmaat* 2007/5). Zie ook I. Haverkate - 'Regulatoire belemmeringen voor detailhandelsvestigingen in Nederland.' - *TBR* 2009/103, en G.H.J. Heutink - 'Branchering in de detailhandel en artikel 3.1.2 lid 2 Bro.' - *Gst.* 2009, 61.
  - 5 Men zie het European Retail Action Plan (ERAP) van 31 januari 2013 en het *Handboek implementatie Dienstenrichtlijn 2007* - ook aangehaald in Deel I van het VU-rapport (Steyger en Botman, voetnoot 69) [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).
  - 6 Artikel 3.1.6 Bro bevat de regels t.a.v. de toelichting bij een bestemmingsplan, waaronder het in eertijds in lid 2 vervatte trapje voor duurzame verstedelijking (naar de typering van H. Gierveld) en de bepaling dat onderzoek naar de behoefte dient te voldoen aan de Dienstenrichtlijn (lid 4), hetgeen betekent dat zulk onderzoek geen economisch criterium voor de toegang tot de dienst mag vormen, zie noot 3. Artikel 1.1.2 strekt er meer algemeen toe te voorkomen dat regels in een bestemmingsplan in strijd komen met artikel 14 lid 5 van de Dienstenrichtlijn.
  - 7 Een neiging die niet veel later is bevestigd in het Kroonbesluit van 21 november 2015 (*Stb.* 2015 454) waarmee de brancheringsregeling van artikel 2.1.4, derde lid onder a van de Provinciale verordening Zuid Holland (VR) werd geschorst omdat de minister de regeling in het licht van de in artikel 49 VWEU geborgde vrijheid van vestiging a prima vista niet geschikt, evenredig en noodzakelijk achtte. De schorsing komt hierna nog aan de orde.
  - 8 Hoofdzakelijk onder verwijzing naar Burmanjer - HvJ EU, 26 mei 2005, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133 - en Overweging 9 van de Dienstenrichtlijn. Zie daarover ook de annotaties van M.R. Botman onder ABRvS 26 september 2012, No. 201107508/1T1/R4, AB2013, 63 en ABRvS 25 juli 2012, No. 201105171/1A2, AB 2012, 337 waar de Afdeling aan Burmanjer refereert. Zie voor commentaar M.R. Botman, 'De Dienstenrichtlijn in de bestuursrechtspraak: van lex silencio tot winkeltijden', *JB-plus* 2013, p. 129 e.v. en (anders) A. Franken van Bloemendaal en G.H.J. Heutink - 'De ladder voor duurzame verstedelijking' (deel A) - *TBR* 2014/128, par. 1.4 en 1.4.1.

uitgesproken op 25 juni 2014 in de zaak Veldhoven Zonderwijk.<sup>9</sup> De Afdeling had tot dan toe ieder afwijkend standpunt stelselmatig afgewezen, en daarmee leek de kous af voor enig beroep dat vestigingsbeperkingen voor de detailhandel aan de eisen van de Dienstenrichtlijn zouden moeten voldoen. Tot de kwestie Appingedam, waar de eerste voortekenen van een eerder niet voor mogelijk gehouden keerpunt in de doctrine zich in juli 2014 aandienden.

Het verschil tussen de in 2016 gewezen verwijzingsuitspraak Appingedam<sup>10</sup> en Veldhoven Zonderwijk is de aftrap: in de laatste uitspraak determineert de Afdeling haar standpunt autonoom, uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) interpreterend en beleidsmatige standpunten van de Europese Commissie passerend.<sup>11</sup> In Appingedam is de Afdeling weliswaar niet blanco gebleven, en dat kon ook niet na de zorgvuldig opgebouwde doctrine waarin detailhandel niet als dienst wordt aangemerkt. De inleiding op de prejudiciële vragen leest als een pleidooi voor de oude doctrine,<sup>12</sup> maar de kern van de zaak is: de vraag is gesteld. Dat die opening zou worden gemaakt leek - om in termen van Sebald Beham te blijven - das Unmögliche. Maar het gebeurde toch.<sup>13</sup>

### 3 Het mandje van Appingedam: nieuwe bakens

Na de verwijzingsuitspraak van 13 januari 2016 en alles wat nadien vanuit Straatsburg richting de Kneuterdijk is gevolgd (de conclusie van de AG en de Hofuitspraak van 30 januari 2018<sup>14</sup>) belandde een keur van zaken in wat in de rechtspraak ook wel bekend is komen te staan als het mandje van Appingedam. Het regende aanhoudingen in detail-

- 9 ABRvS 25 juni 2014, nr. 201307133/1/A1, met noten van I. Haverkate en J. van Oosten in *TBR* 2014, 133. Zie ook r.o., 15 in de verwijzingsuitspraak Appingedam, ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75. Uit de noten in *TBR* blijkt de controverse in de literatuur, waarvoor ook wordt verwezen naar 'De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (Deel A)' van A. Franken en G.H.J. Heutink, *TBR* 2014/128 met verwijzingen en vindplaatsen voor de diverse in de literatuur ingenomen standpunten.
- 10 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75 (de verwijzingsuitspraak).
- 11 Het in noot 5 benoemde Handboek implementatie Dienstenrichtlijn 2007 is door de Afdeling consequent afgedaan als niet wettelijk bindend, vgl. r.o. 3.2 in Veldhoven Zonderwijk, t.a.p. (zie ook noot 9) en de noot van J. van Oosten daarbij in *TBR* 2014, 133, punt 19.
- 12 Refererend aan Veldhoven Zonderwijk en Meubelplein Leiderdorp (ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1298), en deels voortbouwend op de eerder gestelde vragen inzake de op 1 oktober 2015 gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, Trijber en Harmsen (ECLI:EU:C:2015:641), zie r.o. 15.4 van de verwijzingsuitspraak.
- 13 Men zie de noten bij de verwijzingsuitspraak ondermeer in *AB* 2016/73 - E. Steyger, die benadrukt dat detailhandel geen dienst is maar dat het de Afdeling siert '... dat zij besloten heeft deze kwesties, waarvan je zou kunnen zeggen dat ze een acte clair vormen, toch, voor wat betreft de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn, aan het Hof van Justitie heeft voorgelegd.' Anders - met voortuitziende blik - B.J. Hessel in *Gst.* 2016/38, die waardering uitspreekt voor de stap die de Afdeling zet en profetisch concludeert '...dat ik erg onder de indruk ben van de diepgang van deze prejudiciële procedure. Voor wat betreft de tweeslachtige situatie rond de verhouding tussen goederen en diensten hoop ik dat het Hof de ruimte zal bieden die de Commissie in het Handboek toepast en die door veel andere lidstaten al is benut.' Zo is het ook gegaan. Tot slot in *TBR* 2016/140 H.J. de Vries met een overzicht van schrijvers die ten aanzien van detailhandel en de Dienstenrichtlijn standpunten in de literatuur hebben ingenomen en een fraaie historische referentie aan de slag bij Nieuwpoort.
- 14 Conclusie AG 18 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:397 en HvJEU 30 januari 2018, zaak C-31/16 ECLI:EU:C:2018:44 (Visser Vastgoed).

handelskwesties waarin strijd met de Dienstenrichtlijn als beroepsgrond aan de orde was gesteld. Voor die zaken was het wachten op de antwoorden van het Hof en op de door de Afdeling te kraken Appingedamse noot.<sup>15</sup>

In de uitspraken vinden we een blauwdruk voor de wijze waarop in den vervolge vanuit het bevoegd gezag en de rechterlijke macht behoort te worden omgegaan met besluiten of regels die het recht op vrije vestiging van de dienst detailhandel belemmeren. De antwoorden van het Hof waren even duidelijk als de vragen van de Afdeling:

- Detailhandel is een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn.<sup>16</sup>
- De Dienstenrichtlijn is van toepassing in situaties waarin de relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen, zij moet ook bij zuiver interne aangelegenheden worden toegepast.<sup>17</sup>
- Een bestemmingsplan is geen vergunningstelsel in de zin van artikel 4, lid 6 van de Dienstenrichtlijn. Een in een bestemmingsplan opgenomen territoriale beperking is een vergunningeis in de zin van artikel 4, lid 7 van de Dienstenrichtlijn.<sup>18</sup>
- Een vergunningeis moet worden getoetst aan de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn. Zij behoort allereerst te kwalificeren als zuivere planningeis in de zin van artikel 14 lid 5 van de Dienstenrichtlijn (het verbod van economische eisen).
- Een eis die een territoriale beperking inhoudt moet een dwingende reden van algemeen belang dienen die deze beperking rechtvaardigt (artikel 15 lid 3 sub b Dienstenrichtlijn). De bescherming van het stedelijk milieu is een dwingende reden van algemeen belang.<sup>19</sup> Een beperking dient non-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig te zijn.<sup>20</sup>

## **4 Decathlon Schiedam en Den Haag: een korte voorgeschiedenis**

Eén van de zaken uit het mandje krijgt in deze bijdrage aandacht, te weten de Afdelingsuitspraak van 27 maart 2019 inzake de beoogde Decathlon vestigingen in Schiedam en Den Haag. De initiatieven van beide gemeenten zijn allereerst gestuit op weigeringsbesluiten van het College van Gedeputeerde Staten van Zuid Holland naar aanleiding van een tweetal verzoek om een ontheffing ex artikel 4.1a Wro te verlenen.<sup>21</sup> De vervolgens

---

15 ABRvS 20 juni 2018, nr. 201309296/5/R3, ECLI:NL:RVS:2018:2062, *ABkort* 2018/340, *TBR* 2018/125, *BR* 2018/61, *AB* 2018/459.

16 Zaak C-31/16 - punten 84 en 97.

17 Zaak C-31/16 - punten 98 en 110.

18 Zaak C-31/16 - punten 113, 119 en 120. Nota bene: de voorwaarden die aan vergunningstelsels worden gesteld zijn gelijklopend aan de voorwaarden die aan vergunningeisen worden gesteld. Men vergelijk artikel 9 lid 1 met artikel 15 lid 3.

19 Zaak C-31/16 - punt 134 en 135, Conclusie AG 18 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:397, punt 147

20 Zaak C-31/16 - punten 121, 124 t/m 133.

21 ABRvS 27 maart 2019, Decathlon-Schiedam, ECLI:NL:RVS:2019:965. Artikel 4.1a Wro bevat - als onderdeel van het systeem voor het stellen van algemene regels en het geven van aanwijzingen (door de provincie of het Rijk) bij de vaststelling van ondermeer bestemmingsplannen - het kader voor de ontheffing van zulke algemene of instructieregels. Een verzoek om ontheffing van algemene regels in een provinciale verordening (ten behoeve van een bestemmingsplan) wordt gedaan door het college van burgemeester en wethouders bij het college van gedeputeerde staten, en berust op artikel 4.1a Wro



door de gemeenteraden van Schiedam en Den Haag vastgestelde bestemmingsplannen zijn getroffen door reactieve aanwijzingen van het college.

De aandacht voor die zaken heeft allereerst te maken met het bijzondere aspect van de reactieve aanwijzing en de ontheffing (ex artikel 4.1a Wro) van instructieregels in de provinciale verordening van de Provincie Zuid-Holland (VR), en ten tweede met de bijzondere aanloop die beide zaken hebben gehad. Het gaat daarbij om het verzoek van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu aan de Vrije Universiteit van Amsterdam onderzoek te doen naar de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn bij de vestiging van detailhandel<sup>22</sup> en om het bestuurlijk toezicht door de Kroon, die op 21 november 2015 de algemene regel uit de VR waarop de reactieve aanwijzingen en de besluiten van GS tot weigering van een ontheffing beruisten heeft geschorst.<sup>23</sup>

## 5 Het VU-onderzoek en de Dienstenrichtlijn

Het VU-onderzoek - dat is uitgevoerd door Marleen Botman, Elies Steyger en Jan Struiksma (gepubliceerd in maart 2015) - bevat niet alleen een zienswijze over de verdragsvrijheden en de Dienstenrichtlijn (Deel I) maar ook een concrete en casuïstische beoordeling van de Nederlandse ruimtelijke ordeningspraktijk in het licht van het Unierecht (Deel II). In concreto is in het onderzoek de casus Decathlon Schiedam tegen het licht gehouden (die onderwerp is van de hier te behandelen Afdelingsuitspraak van 27 maart 2019)<sup>24</sup>, evenals de reactieve aanwijzing van het college in Lansingerland waarover de Afdeling zich in haar uitspraak van 8 oktober 2014 heeft gebogen.<sup>25</sup> In beide zaken struikelt een gemeentelijk detailhandelsinitiatief over een reactieve aanwijzing op grond van de VR (artikel 2.1.4 VR, in de versie van 2012 de artikelen 2 en 9).<sup>26</sup> In de behandeling van de Lansingerland-zaak is (anders dan in Schiedam) is weliswaar aan de orde gesteld dat het gewraakte voorschrift in de VR een verboden eis is in de zin van artikel

(en een - in de regel gelijklopende - in de provinciale verordening opgenomen ontheffingsmogelijkheid).

- 22 Zie noot 4, het VU-onderzoek. Daarover uitgebreid: 'Het VU-rapport over de vestiging van detailhandel en verdragsvrijheden: beschouwing & opinie', G.H.J. Heutink, *TO* 2015, 3. De onderhavige bijdrage is mede gebaseerd op deze publicatie en andere publicaties die de auteur eerder heeft gepubliceerd.
- 23 *Stb.* 2015 454. De schorsing is op 18 maart 2016 eenmalig verlengd (*Stb* 2016 109). Bij brief van 5 september 2016 (IENM/BSK-2016/180495) heeft de minister meegedeeld dat het onderzoek naar artikel 2.1.4 lid 3 VR is gestaakt. De bepaling is niet vernietigd (de VR is door Provinciale Staten wel tot twee keer toe opnieuw vastgesteld). Door het verlopen van de termijn ex artikel 268 lid 2 Provinciewet jo. Afdeling 10.2.3 Awb zijn schorsing en voorziening geëindigd op 1 december 2016.
- 24 Zie noot 21. Zie Deel II, casuspositie 2, p. 60 e.v.
- 25 Zie Deel II van het VU-rapport, casuspositie 5 (p. 79 e.v.) - ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3602, *TBR* 2015/42, m.nt. G.H.J. Heutink.
- 26 In artikel 2.1.4 van de provinciale verordening (VR) is bepaald dat de vestiging van nieuwe detailhandel uitsluitende is toegelaten in de centra van steden, dorpen en wijken. Voor de vestiging van detailhandel buiten de centra - die niet is toegelaten - wordt een uitzondering gemaakt voor een aantal bijzondere branches en assortimenten, waaronder tuincentra en bouwmarkten, detailhandel in auto's, boten en caravans, scooters, zwembaden, buitenspeel- en fitnessapparatuur, piano's, tenten etc. Het gaat per saldo om beperkingen van de vrije vestiging die kwalificeren als '... aan evaluatie onderworpen eisen' (artikel 15 lid 3 Drl) die zullen moeten voldoen aan de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid.



14 lid 5 (zie par. 3, 4<sup>e</sup> en 5e bullet), maar er is geen beroep gedaan op onverbindendheid van de bepaling op grond van strijd met artikel 15 van de Dienstenrichtlijn of artikel 49 VWEU.<sup>27</sup> In het VU-onderzoek wordt de casus wél vanuit de optiek van de Dienstenrichtlijn behandeld, met de conclusie dat - ware dat beroep gedaan - aandacht had moeten worden besteed aan de Unierechtelijke eisen van noodzaak en evenredigheid.<sup>28</sup>

## **6 Decathlon Schiedam en Den Haag: casus en kernvragen**

De Afdelingsuitspraak over de casus Schiedam en den Haag is - in het bijzonder met het oog op de ontheffingsjurisprudentie ex artikel 4.1a Wro en het vraagstuk van onverbindendheid van algemene regels - belangwekkend.<sup>29</sup> Dat geldt meen ik evenzeer voor het VU-onderzoek, dat in samenhang met de interventie van het departement naar mijn overtuiging heeft bijgedragen aan de nieuwe inzichten over detailhandel en de Dienstenrichtlijn in ons ordeningsbestel.

Het gaat in de aangehaalde Afdelingsuitspraak over twee Decathlon-winkels in gebieden buiten de stadscentra van de gemeenten den Haag en Schiedam (Forepark en Sportplaza Harga). De lange voorgeschiedenis start in 2014 met twee verzoeken om ontheffing ex artikel 4.1a Wro van beide colleges aan het college van Gedeputeerde Staten van Zuid Holland. De verzoeken zijn in december 2014 geweigerd omdat naar het oordeel van GS de beoogde grootschalige sportdetailhandel in strijd was met de provinciale verordening ruimte (VR). Aan de orde is de in noot 26 geciteerde regeling van artikel 2.1.4 VR: een regeling - dat laat zich raden - die de vrijheid van vestiging van diensten detailhandel beperkt. In de regeling is een uitzondering gecreëerd voor de vestiging van nieuwe detailhandel buiten de centra: het gaat dus niet om instructieregels ten aanzien van hoofdbestemmingen in bestemmingsplannen, maar om de beperkende (algemene) regel binnen een hoofdbestemming.<sup>30</sup>

---

27 Zie punt 10 en 12 e.v. in de annotatie t.a.p.

28 VU-onderzoek Deel II, p. 81 en 84.

29 Zie ook noot 20. Men leze voor een inleiding op dit punt het lezenswaardige proefschrift van Daan Korsche, 'Ruimtelijk ordening op niveau', Bouwrecht Monografieën IBR 2014, Hoofdstuk 5.4. Vernietiging van reactieve aanwijzingen en ontheffingsbesluiten omdat een instructieregel in strijd is met de wet is een zeldzaamheid. Vgl. T.N. Sanders en J. Mohuddy, 'De provinciale ruimtelijke verordening', BR 2015/9.

30 Een belangrijke kanttekening, omdat de vaststelling van hoofdbestemmingen in de regel moet worden beschouwd als de uitoefening van de bevoegdheid planningsen te stellen: een bevoegdheid die zowel binnen het nationale ordeningsbestel als in Unierechtelijke zin geacht moet worden te vallen onder de discretionaire, nationale bevoegdheid de inrichting van de omgeving dominus litis uit te oefenen. Bij het stellen van zuivere planningsen (zie ook Overweging 9 van de Dienstenrichtlijn waarin is bepaald zij niet ziet op '... voorschriften inzake ruimtelijke ordening') is een toetsing aan de richtlijn niet aan de orde. In de regel komt artikel 49 VWEU (het fundament van de Dienstenrichtlijn) pas in het geding als binnen de vaststelling van een hoofdbestemming (bijvoorbeeld : detailhandel) een beperking wordt opgelegd, zoals in de kwestie Schiedam de beperking dat detailhandel is toegestaan, maar alleen in specifieke branches of assortimenten. Dan rijst de vraag of die vrijheidsbeperking kan worden gerechtvaardigd door dwingende reden van algemeen belang, en of zij evenredig en non-discriminatoire is.

De kwestie hield niet alleen de gemoederen in het provinciehuis en in de gemeentehuizen bezig, maar ook die in het departement van Infrastructuur en Milieu. Het ging daarbij in het bijzonder om de vraag of regels van Nederlands detailhandelsbeleid zich op de juiste wijze verhouden met de Dienstenrichtlijn. Dat over Unierechtelijke vragen al eerder intern debat was ontstaan is te zien bij de invoering van artikel 1.1.2 Bro<sup>31</sup>, behorend bij het aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn (ingevoerd 2 december 2009). Artikel 1.1.2 Bro is vrijwel direct gevolgd op de invoering van artikel 3.1.2 Bro, waarin ondermeer is bepaald dat een bestemmingsplan regels kan bevatten met betrekking tot branches van detailhandel en horeca.<sup>32</sup> Volgens de Nota van Toelichting die regel bedoeld ter bevordering van de ‘... ruimtelijk economische kwaliteit’<sup>33</sup>, een term die meen ik niet in ons nationale ordeningsbestel had mogen worden geïntroduceerd, en die in Unierechtelijke zin gelijkgeschakeld kon worden met vloeken in de Europese kerk. In de Nota van Toelichting van 2 december 2009 is het doel van artikel 3.1.2 lid 2 Bro met het oog op de uitgangspunten van de Dienstenrichtlijn schielijk aangescherpt in die zin dat ruimtelijke besluiten moeten voldoen aan de eisen van de Dienstenrichtlijn en dat onderzoek naar de actuele regionale behoefte ‘... slechts ten doel mag hebben te toetsen of de vestiging van een dienst in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening.’<sup>34</sup> Unierechtelijk debat werd in 2008 en 2009 op departementaal niveau niet geschuwd, en ook al was op dat moment de vraag of detailhandel als een dienst moest worden beschouwd nog niet aan de orde gesteld, het besef dat het Hof daar wel eens anders over zou kunnen denken dan de Afdeling leek te zijn ingedaald.

In het kader van het bestuurlijk toezicht is uiteindelijk tot departementale interventie in de provinciale regelgeving besloten, in de regel een gebeurtenis met politieke lading die veel voorbereiding vergt. De kernoverwegingen:

- valt detailhandel wel of niet onder het bereik van de Dienstenrichtlijn,
- beperkt de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn zich - als het antwoord op die vraag bevestigend is tot grensoverschrijdende situaties,
- wat betekent het beginsel van Unietrouw<sup>35</sup> voor de taak van de overheid, en

31 Zie noot 6.

32 Waaronder regels met branche of assortimentsbeperkingen die de vrije vestiging van deze diensten kunnen beperken.

33 Nota van Toelichting Bro, *Stb.* 2008 145, p. 3.2.2 sub b, waar is vermeld dat het instrument van art. 3.1.2. Bro is bedoeld ‘... ter bevordering van de ruimtelijk economische kwaliteit’ en dat beperkingen van branches of assortimenten ‘... zullen moeten worden gemotiveerd vanuit overwegingen van ruimtelijke kwaliteit, niet louter kunnen zijn gegrond op argumenten van concurrentiebeperking’. De formulering doet vermoeden dat de minister wel wist dat dit zo niet kon, maar het moet er toch voor worden gehouden dat in 2008 argumenten van concurrentiebeperking een prominente plaats in de ruimtelijke besluitvorming hadden, in weerwil van de ook toen strikte grenzen van artikel 10 WRO (oud) en - maar dat besef was er nog niet - het verbod van artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn.

34 Vgl. ‘Nieuw licht op detailhandelsbeperkingen, duurzame ontwikkeling en goede ruimtelijke ordening in rechtspraak en regelgeving (art. 1.1.2 Bro)’, G.H.J. Heutink, *Gst.* 7338, nr. 62.

35 Het in artikel 4 lid 3 VEU neergelegde beginsel dat de lidstaten alle algemene en bijzondere maatregelen dienen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren: ‘*De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.*’ Het in deze verplichting vervatte beginsel van unietrouw en loyaliteit vereist dat overheden in lidstaten (rijk, gemeenten en provincies) gehouden zijn wet- en regelgeving die in strijd is met verdragsvrijheden (zoals de vrije vestiging en het vrije verkeer ex artikel 49 VWEU) ongedaan maken. In het verlengde van dit beginsel van Unietrouw

- wat moet er in voorkomend geval gebeuren om te zorgen dat er tussen ons nationale ordeningsbestel en het unierecht een werkbare synthese ontstaat?

Fundamentele vragen die - zo gaat dat - zijn aangeslingerd door een concreet geval, in casu de provinciale verordening (VR) en besluiten van de raad en GS aangaande de vestigingsplannen van Decathlon in Zuid Holland.

## **7 Bestuurlijk toezicht**

Onderdeel van die voorbereiding is de onderzoeksopdracht aan de vakgroep bestuursrecht van de vrije Universiteit Amsterdam geweest. Dat VU-onderzoek is opgezet omdat '... het Ministerie van Infrastructuur en Milieu inzicht wil krijgen in het toelaten van detailhandel, de informatie die van de aanvrager van een vergunning om zich te vestigen wordt verlangd, de rol van het distributieplanologisch onderzoek, de vraag of advies ingewonnen wordt van adviescommissies en de onderwerpen die naast een goede ruimtelijke ordening nog meer een rol spelen bij de besluitvorming over de aanvraag.'<sup>36</sup> Aan de onderzoekers is daarnaast een vijftal casus meegegeven om tegen het licht van ons nationale ordeningsbestel en het Unierecht te houden. Die casus zien op grootschalige detailhandelsinitiatieven in Nederland, te weten een outlet in Zevenaar, de al besproken Decathlonvestiging in Schiedam en de reactieve aanwijzing van Gedeputeerde Staten in Lansingerland, een Decathlonvestiging in Arnhem, een bouwmarkt in Nijmegen en een vestiging van Toys 'R Us in Groningen.

Met de casus zijn de vragen die het ministerie bij het onderzoeksteam heeft neergelegd ingekaderd: in deze zaken is niet alleen een vestigingsvraagstuk op gemeentelijk niveau aan de orde, maar ook provinciale bemoeienis door een samenhang met regels in provinciale verordeningen die de vestiging van dit soort grootschalige vormen van nieuwe detailhandel beperken. Een prelude op de Decathlon-kwesties in Schiedam en Den Haag.

Het VU-rapport bevat een al even eenvoudige als pregnante observatie ten aanzien van de vraag of detailhandel nu wel of niet een dienst is: die vraag is nooit aan het Hof gesteld, en dat zou wel moeten gebeuren.<sup>37</sup> Die conclusie mag meen ik gelden als een aanzet tot de prejudiciële in de zaak Appingedam. Dat een oordeel van het Europese Hof anders zou kunnen uitpakken dan de Afdeling tot dan toe voorstond - de geldende doctrine is in Deel I van het VU-rapport gevolgd - is ondervangen in Deel II waar de casusposities aan de eisen van artikel 49 VWEU en de Dienstenrichtlijn worden getoetst, met uitkomsten die aansluiten bij de uitkomsten van de verwijzingsuitspraak.<sup>38</sup>

---

rijst de vraag of de eis van het grensoverschrijdend karakter in geval van een inbreuk (in die zin dat de inbreuk een belang van een dienstverlener in een andere lidstaat moet raken) vanuit de optiek van de wet- en regelgevende overheid wel relevant is.

36 VU-onderzoek, Deel I, p. 3.

37 VU-rapport, Deel I, p. 37 en 38.

38 Die - zoals hiervoor is opgemerkt - toch las als een nauw verholen pleidooi voor bevestiging van de geldende Afdelingsjurisprudentie. Welnu, zo gaat dat. Om met de flamboyante voormalig eerste minister van België Gaston, 1e Burggraaf Eyskens (1905-1988) te spreken: 'Principes zijn als winden. Houdt ze vast zolang ge kunt, en als ge niet meer kunt, dan laat ze stilletjes los.'

## 8 Kroonbesluit en voorziening

Zoals hierboven al is opgemerkt is - na de uitkomsten van het VU-onderzoek - op 21 november 2015 een Kroonbesluit gepubliceerd waarbij artikel 2.1.4 VR is geschorst.<sup>39</sup> De schorsing is met een vooruitziende blik gegeven, de haarscherpe verwijzing naar de eisen die aan branche- of assortimentsbeperkingen (in casu: aan artikel 2.1.4 PVR) dienen te worden gesteld inclusief. In het besluit is kort gezegd overwogen dat voorshands aannemelijk is dat de vestigingsbeperkingen in de VR zich niet verdragen met een goede ruimtelijke ordening en dat ze mogelijk niet kunnen worden gerechtvaardigd ‘... door dwingende redenen van algemeen belang en als dat zo is of de beperkingen in concrete gevallen geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn.’

De Kroon heeft in dat besluit voor de duur van de schorsing een voorziening getroffen, inhoudende dat aan de limitatieve branchelijst van artikel 2.1.4 lid 3 VR is toegevoegd (cursief gedeelte): ‘... en detailhandel die zich uit oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de hiervoor genoemde detailhandel.’ Het Kroonbesluit speelt voor de behandeling van de casus in de kwestie Decathlon in Schiedam en Den Haag een rol van belang, niet in de laatste plaats omdat de oorspronkelijke versie van de VR (voor het Kroonbesluit, in de uitspraak aangeduid als de versie 2014-I) vanwege het limitatieve karakter van de opgesomde branchelijst in strijd is geacht met het Unierecht, te weten met artikel 15, lid 3 sub c Dienstenrichtlijn (evenredigheids eis). De versie die bij wijze van voorlopige voorziening in het Kroonbesluit is opgenomen (in de uitspraak aangeduid als de versie 2014-II) is door de Afdeling niet in strijd met de Dienstenrichtlijn geacht.<sup>40</sup>

Het lijkt mij gerechtvaardigd om hier vast te stellen dat Gedeputeerde Staten met het VU-onderzoek en de daaropvolgende de interventie van de Kroon met de schrik zullen zijn vrijgekomen. Aangenomen mag worden dat de uiteindelijke wijziging in de provinciale verordening - die geheel berust op de voorlopige voorziening van de Kroon - onder enige departementale druk na de interventie door de Kroon tot stand is gekomen. Er mag - gegeven de overwegingen van de Afdeling ten aanzien van artikel 2.1.4 lid 3 VR in de oorspronkelijke vorm (de versie 2014-I) - vanuit worden gegaan dat een reactieve aanwijzing op grond van de oorspronkelijke versie zonder veel omhaal zou zijn vernietigd (net als het besluit de gevraagde ontheffing te weigeren).<sup>41</sup>

39 Zie par. 5 en noot 25. In het besluit is overwogen: ‘In artikel 49 van het VWEU is de vrijheid van vestiging verankerd. Beperkingen van de vrijheid van vestiging zijn alleen toelaatbaar als zij worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, waartoe ook het belang van een goede ruimtelijke ordening wordt begrepen. Blijkens jurisprudentie dienen de vestigingsbeperkingen echter wel geschikt, evenredig en noodzakelijk te zijn om de beoogde ruimtelijke doelstellingen te bereiken. Op basis van een eerste onderzoek is voorshands aannemelijk geworden dat het hierboven genoemde limitatieve karakter zich niet verdraagt met een goede ruimtelijke ordening en er bovendien gereede twijfel is of de vestigingsbeperkingen voortvloeiend uit de VR kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en als dat zo is of de beperkingen in concrete gevallen geschikt, evenredig en noodzakelijk zijn.’

40 Decathlon Schiedam t.a.p., r.o. 19.6 en 7.

41 Decathlon Schiedam t.a.p., r.o. 27.1. De door de Kroon getroffen versie van de VR is in de uitspraak aangehaald als versie 2014-I.

Nu zijn beide reactieve aanwijzingen ook vernietigd, maar niet omdat artikel 2.1.4 lid 3 VR onverbindend is geacht wegens strijd met de Dienstenrichtlijn. De vernietiging is het gevolg van een motiveringsgebrek: de opbouw van de overwegingen is dat de Afdeling de mogelijkheid tot ontheffing van de instructieregel - gegeven de algemene in de VR opgenomen ontheffingsbevoegdheid (artikel 3.2 VR) - beschouwt als een intrinsiek onderdeel van de instructieregel. Dat betekent dat het college bij de overwegingen in het kader van een besluit tot aanwijzing ex artikel 3.8 lid 6 Wro wegens strijd met de instructieregel in de afweging had moeten betrekken of (alsnog) ontheffing verleend had kunnen worden.

## **9 De richtlijnconforme toets van besluiten op grond van algemene regels**

In r.o. 20.12 van de Decathlon Schiedam uitspraken is overwogen dat de VR een algemene ontheffingsbevoegdheid bevat die - zoals de Afdeling ten aanzien van uitspraken over de toepassing van artikel 4.1a Wro stelselmatig overweegt - is bedoeld voor bijzondere situaties.<sup>42</sup> De kern is nu dat de Afdeling in de uitspraak toelicht wat een '... richtlijnconforme interpretatie van deze ontheffingsbevoegdheid' te beduiden heeft,<sup>43</sup> te weten dat het college '... bij de afweging omtrent een ontheffing dient te betrekken of toepassing van de brancheringsregeling in het concrete geval er [echter] toe zou leiden dat het met de Dienstenrichtlijn beoogde resultaat niet wordt bereikt. Dat resultaat wordt niet bereikt als het weigeren van de ontheffing voor dit concrete geval geen zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de met de brancheringsregeling nagestreefde doelen.'

Een regel die geen ruimtelijke maar economische doelen omvat is in strijd met artikel 14 Dienstenrichtlijn. Dat is de primaire toets van een regel, zoals de brancheringsregel van artikel 2.1.4 lid 3 VR. De Afdeling concludeert (r.o. 16.6) in het licht van de toelichting bij artikel 2.1.4. van de VR en de aanvullende toelichting van het college dat de doelen van de voorliggende brancheringsregeling geen economische doelen zijn. 'De met de provinciale regeling nagestreefde doelen zijn gelegen in het voorkomen van leegstand en behoud van leefbaarheid en daarmee ruimtelijk relevant (...) De uitoefening van de dienstactiviteit is voorts niet afhankelijk gesteld van een economische behoefte of marktvraag.'

Als die regeling een beperking van de vrije vestiging oplevert, wordt getoetst of die regel voldoet aan de evaluatie-eisen van artikel 15 lid 3 sub b en c Dienstenrichtlijn (noodzakelijkheid, evenredigheid en non-discriminatie). Ten aanzien van de noodzakelijkheidstoets gaat het daarbij om de vraag of het doel dat ter rechtvaardiging van de brancheringsregeling wordt ingeroepen een dwingende reden van algemeen belang is in de zin van artikel 4 lid 8 Dienstenrichtlijn (bescherming van het stedelijk milieu). De

---

42 Zie artikel 3.2, eerste lid VR dat luidt; 'Gedeputeerde staten kunnen op verzoek van burgemeester en wethouders ontheffing verlenen van de regels van deze verordening voor zover de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen.' De regeling berust op artikel 4.1a Wro, zie noot 20.

43 R.o. 20.15. Het begrip is ook door Korsse behandeld (zie noot 27), par. 7.2.3 t.a.p.

Afdeling overweegt: ‘(...) Het college heeft zich naar het oordeel van de Afdeling op goede gronden op het standpunt gesteld dat het streven naar het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in het binnenstedelijk gebied noodzakelijk is voor de bescherming van het stedelijk milieu.’ Dat leidt tot de meen ik gerechtvaardigde conclusie dat de doelen van de regeling een dwingende reden van algemeen belang vormen, waarmee de noodzaak voldoende is gemotiveerd.

Dan volgt de evenredigheidstoets, waarvoor dient te worden vastgesteld dat de regeling effectief, coherent en systematisch dient te zijn. De Afdeling meent dat het in de 2014-I (oorspronkelijke) versie van artikel 2.1.4 lid 3 VR ontbreekt aan consistentie, voornamelijk ingegeven door het limitatieve karakter van de regeling, te weten: een gesloten lijst met toegelaten, zeer specifieke producten en daarmee de uitsluiting van alle niet genoemde producten). In de opvolgende versies (2014-II en III) is dat - naar het oordeel van de Afdeling onaanvaardbare - limitatieve karakter ondervangen door de toevoeging van de woorden ‘... en detailhandel die zich uit een oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de hiervoor genoemde detailhandel’ aan de limitatieve lijst met assortimenten uit versie 2014-I. Daarmee zijn de nieuwe versies van de VR voldoende consistent geacht.

De effectiviteitstoets heeft aanmerkelijk meer voeten in de aarde. De Afdeling heeft eerder met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof beslist dat het onderzoek naar de geschiktheid en de effectiviteit van een beperkende regeling moet geschieden aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Daarvoor wordt verwezen naar de maatgevende Hof-arresten van 24 maart 2011 (Commissie vs. Spanje) en 19 oktober 2016 (Deutsche Parkinson Verein).<sup>44</sup> De door de Afdeling voorgestane toets - die we in de Appingedam uitspraak voor het eerst aantreffen - is dat sprake moet zijn van ‘... een analyse van de geschiktheid van de door [het bevoegd gezag] genomen maatregel en van specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog over de geschiktheid van de getroffen maatregel. Het is niet voldoende dat het bevoegd gezag zich ter onderbouwing van een brancheringsregeling alleen op algemene ervaringsregels beroept, zonder daarnaast onderzoeksgegevens of andere gegevens over te leggen waarmee de gestelde gevolgen van vestigingsmogelijkheden in het perifere gebied op de samenstelling van het winkelaanbod en de leegstand in het centrum aannemelijk worden gemaakt.’<sup>45</sup>

## 10 De pakketbenadering en de richtlijnconforme toets in concrete gevallen

Met de eis dat een onderbouwing van de geschiktheid van een maatregel conclusies op basis van algemene ervaringsregels moet overstijgen maak ik een gedachtesprong naar de pakketbenadering.<sup>46</sup> De vraag daarbij is of met het aantonen van de effectiviteit van een concrete maatregel die niet op zichzelf staat - maar, zoals vaak het geval zal zijn,

44 HvJ EU 24 maart 2011 - Commissie vs. Spanje, zaak C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172, HvJEU 19 oktober 2016 - Deutsche Parkinson Vereinigung eV, zaak C-148/15 ECLI:EU:C:2016:776.

45 R.o. 20.5 in de Decathlon uitspraak.

46 R.o. 20.9 voorlaatste alinea's en r.o. 20.11, met verwijzingen naar Maastricht en Schijndel en de eis van de ‘... zinvolle bijdrage’.

onderdeel is van een in detailhandelsbeleid vervat pakket aan maatregelen - mag worden volstaan met een analyse van de effectiviteit of de geschiktheid van het pakket. Een voorbeeld: een pakket maatregelen heeft ten doel leegstand in de centra tegen te gaan. Onderdeel van dat pakket is het verbieden van kleine uitbreidingen van bestaande winkels op perifere locaties. De vraag is dan of de effectiviteit van een concreet weigeringsbesluit - bijvoorbeeld van een winkeluitbreiding van 200 m<sup>2</sup> bvo, waarvan individueel effecten op de nagestreefde doelen nauwelijks zijn aan te tonen - mag berusten op algemene aannames over de effectiviteit van het pakket aan maatregelen in het algemeen.<sup>47</sup>

In de pakketbenadering wordt het zorgvuldig aantonen van de evenredigheid verlegd van de concrete maatregel naar het pakket aan maatregelen of beleid vastgesteld om noodzakelijke ruimtelijke doelen te bereiken. De kerngedachte is om salamitactiek - ondermijning van het doel van een maatregelenpakket per plakje - tegen gaan. De vraag rijst of dat toelaatbaar is, waar het Hof met de Spanje criteria uitdrukkelijk verlangt dat de effectiviteit in elk afzonderlijk concreet geval moet worden aangetoond. De aanzet voor de pakketbenadering is gedaan in Maastricht en Schijndel,<sup>48</sup> zij komt ook aan de orde in de Decathlon Schiedam uitspraak. Met de pakketbenadering lijkt te worden voorgesorteerd op de mogelijkheid dat maatregelen die in een concreet geval (een beschikking, zoals de weigering van een ontheffing in de voorliggende zaak) geen zelfstandig aanwijsbare effecten hebben voor het behalen van de doelstellingen toch een richtlijnconform karakter kunnen hebben omdat ze onderdeel zijn van een pakket maatregelen dat wel aantoonbare effecten voor het bereiken van de doelstelling sorteert.

Vanuit de optiek van enkelvoudige bestuurbaarheid is het streven naar zoiets als de pakketbenadering misschien begrijpelijk, maar het gevaar schuilt hier een directieve benutting van discretionaire ruimte door het bevoegd gezag: in het slechtste geval vervalt men in het stellen van regels die in het concrete geval ingrijpend zijn voor belanghebbenden zonder dat geschiktheid van de individuele maatregel behoeft te worden aangetoond, omdat het pakket naar algemene maatstaven of ervaringsgegevens (bij de toepassing van vergelijkbare maatregelen elders) resultaat zou hebben of heeft. Dat zou kunnen leiden tot ontwijking van de verantwoordingsplicht en willekeur, of op zijn minst een verslapping van het nauwkeurigheidsvereiste in concrete gevallen. De VR in de oorspronkelijke vorm (2014-I) is een klinkend voorbeeld van zulke bestuurlijke gemakzucht, die in het verleden uiterst moeilijk was te bestrijden.<sup>49</sup>

De Afdeling poogt te komen tot een synthese door de eis van de richtlijnconforme interpretatie van een regeling en de *zinnvolle bijdrage* die in het concrete geval aan de met de brancheringsregeling nagestreefde doelen moet worden aangetoond, maar er is meen ik nog wat werk te doen. Ik licht in samenhang met de hier bedoelde pakketbenadering

---

47 Vgl. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 (Maastricht), r.o. 13.12 waarin de Afdeling overweegt: 'Dan zou immers herhaaldelijk een verzoek kunnen worden gedaan om het oppervlak aan branchevreemde artikelen telkens in geringe mate uit te breiden. Deze uitbreidingen zouden ieder voor zich niet meebrengen dat de nagestreefde doelen niet langer worden bereikt, maar zouden uiteindelijk toch in de weg staan aan het bereiken van deze doelen. De gedachte van [appellante] dat elk nieuw verzoek aan de Dienstenrichtlijncriteria moet worden getoetst, neemt niet het bezwaar weg aan zo'n salamitactiek.'

48 Zie noot 47 (Maastricht) en ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196 (Schijndel).

49 ABRvS 8 oktober 2014, 201309388/1/R4, de al vaker aangehaalde Lansingerland uitspraak.



de bovengenoemde uitspraken (Schijndel en Maastricht) toe, in het licht van r.o. 20.11 in de Schiedam uitspraak: ‘Het is echter vaste rechtspraak van het Hof dat een maatregel al voor de evenredigheidstoets slaagt indien hij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en dat deze niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling hoeft te kunnen verwezenlijken. De Afdeling verwijst naar het arrest van het Hof van 13 juni 2018, *Deutscher Naturschutzring*, ECLI:EU:C:2018:433, punt 49.’<sup>50</sup>

De Afdeling haalt punt 49 uit die Hofuitspraak niet helemaal juist aan<sup>51</sup> maar de kennelijke teneur is de vrees dat salamitactiek kan leiden tot ondermijning van het pakket als zou kunnen worden verlangd dat de raad voor elk concreet geval een analyse met specifieke gegevens aannemelijk moet maken dat de beperking leidt tot verwezenlijking van de nagestreefde doelen, en omgekeerd dat het loslaten van deze beperking op zichzelf tot een ongunstig leefklimaat in het centrum en leegstand in het centrum leidt. ‘Zou dit voor elke (geringe) beperking op zichzelf aannemelijk moeten worden gemaakt, dan zou ondermijning van de nagestreefde doelen eenvoudig zijn. Dan zou immers herhaaldelijk een verzoek kunnen worden gedaan om het oppervlak aan branchevreemde artikelen telkens in geringe mate uit te breiden. Deze uitbreidingen zouden ieder voor zich niet meebrengen dat de nagestreefde doelen niet langer worden bereikt, maar zouden uiteindelijk toch in de weg staan aan het bereiken van deze doelen.’<sup>52</sup> Nu ontgaat mij de angst voor salamitactiek, allereerst vanwege het gebrekkige realiteitsgehalte en ten tweede omdat het bevoegd gezag over middelen beschikt om het gevaar daarvan te ondervangen, bij uitstek met zoiets eenvoudigs als een nauwkeurige analyse - conform de Spanje eis - bij een weigeringsbesluit. Er is meen ik niet veel op tegen om als onderdeel van een maatregelenpakket op te nemen dat niet wordt ingegrepen (bijvoorbeeld door een weigeringsbesluit) zolang concrete gevallen de nagestreefde doelen niet in gevaar brengen, en dat wel te doen als het bevoegd gezag kan aantonen dat een weigering in het concrete geval vereist is om de effectiviteit van het pakket te waarborgen (of: dat het pakket zonder een concreet weigeringsbesluit niet tot de nagestreefde doelen leidt).

De suggestie dat het bevoegd gezag vanwege salamifobie zou zijn verschoond van de plicht de evenredigheid van een besluit nauwkeurig aan te tonen, staat meen ik haaks op wat het Hof met de motiveringseis voor de rechtvaardiging van een vestigingsbeperking bedoelt. De mitigerende teneur van de pakketbenadering beweegt in tegenovergestelde richting: moet men hier de bijl aan de wortel van de Spanje en Parkinson Verein uitspraken lezen? Ik ga daar in de volgende paragrafen op in.

## 11 De ‘zinvolle bijdrage’ en de belangenafweging ex art. 1.4a Wro

Een opmerking vooraf een bijzonder element in de Decathlon-uitspraak in samenhang met de pakketbenadering, te weten de ‘zinvolle bijdrage’ als bijzondere omstandigheid

<sup>50</sup> In Schijndel en Maastricht aangehaald (resp. r.o. 20.1.3 en 13.11)

<sup>51</sup> er staat niet dat ‘... een maatregel al voor de evenredigheidstoets slaagt’ maar dat ‘een maatregel slechts slaagt voor de evenredigheidstoets indien hij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling moet kunnen verwezenlijken’, zie de analogie met zaak C-201/15, *AGET Iraklis* (EU:C:2016:972), punt 92.

<sup>52</sup> R.o. 18.8 in de zaak Schijndel, r.o. 13.12 in de zaak Maastricht.



ex artikel 3.2, eerste lid VR (versies 2014-II en III) en artikel 4.1a lid 1 Wro. Daarbij staat de afweging van provinciale versus gemeentelijke belangen centraal. De Afdeling overweegt over het algemeen nut van de regel (doelstelling) versus de effecten van ontheffing in het concrete geval. Als onverkorte toepassing van de brancheringsregeling de verwezenlijking van het in bestemmingsplannen vervatte gemeentelijke ruimtelijk beleid – om buiten de centra grootschalige sportdetailhandel zoals de onderhavige winkel toe te staan – onevenredig belemmert in verhouding tot de met die brancheringsregeling te dienen provinciale belangen moet de gevraagde ontheffing worden verleend.

Dat is een wezenlijke en bijzondere uitbreiding van de bekende - strikte - gronden voor het verlenen van een ontheffing ex artikel 4.1a Wro. De nieuwe omstandigheid is dat het bevoegd gezag bij een besluit op een ontheffingsverzoek nauwkeurig moet aantonen dat de weigering leidt tot een zinvolle bijdrage aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de VR en de Dienstenrichtlijn.<sup>53</sup> Kan dat niet worden aangetoond dan kan de toepassing van de vrijheids-beperkende regeling in het concrete geval niet worden gerechtvaardigd. Dat levert een bijzondere omstandigheid op - het ontbreken van een zinvolle bijdrage aan de ruimtelijke doelstelling in een concreet geval - die vereist dat de gevraagde ontheffing wordt verleend. Deze vaststelling heeft betekenis voor een consistente uitleg van de pakketbenadering, in die zin dat zich ook een bijzondere omstandigheid voordoet als de ontheffing (in samenhang met de beperkende regel in de VR) onderdeel is van een pakket aan maatregelen om de doelstellingen van VR en Dienstenrichtlijn te realiseren. In het concrete geval zal dat nauwkeurig moeten worden onderbouwd, waarbij ik zou denken dat een besluit over een bijzondere omstandigheid naar zijn aard niet zou mogen berusten op salamifobie en een algemene verwijzing naar de ruimtelijke effectiviteit van een maatregelenpakket.

## **12 De ‘zinvolle bijdrage’ en de pakketbenadering**

Dat vraagt om explicatie van de zinvolle bijdrage en de pakketbenadering in het licht van de stelselmatig aangehaalde Hofuitspraak inzake de Naturschutzring. Die gaat althans over de vrijheid van vestiging, maar over het gemeenschappelijk visserijbeleid, het gebruik van bepaald vistuig en de Europese verordening Instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee.<sup>54</sup> Kortom, iets anders. In punt 48 overweegt het Hof: ‘Gelet op de aard van die doelstelling en op de plaatsing van die habitats in complexe ecosystemen, kan een bepaalde instandhoudingsmaatregel in het algemeen enkel ertoe bijdragen - samen met andere maatregelen - om die doelstellingen te verwezenlijken en kan hij op zichzelf niet volstaan voor de verwezenlijking ervan. Wanneer [verordening nr. 1380/2013] aldus zou worden uitgelegd dat enkel de vaststelling van maatregelen is toegestaan die elk afzonderlijk toereikend zijn om die doelstelling te verwezenlijken, zou deze bepaling bijgevolg haar nuttige werking verliezen.’ Het zou niet direct mijn keuze zijn deze Hofuitspraak in stelling te brengen ter om de aannemelijkheidseis uit de Spanje uitspraak te mitigeren.

---

53 Waarbij het doel van richtlijn - vrije vestiging - het spiegelbeeld is van het doel van de beperkende regeling: de sythese moet worden gezocht exact op het snijvlak, te weten: in de rechtvaardiging van de beperking door dwingende redenen van algemeen belang.

54 Verordening 1380/2013.

Opvallend is dat punt 49 van de uitspraak daarvoor toch is ingezet,<sup>55</sup> maar ik zou bij de pakketbenadering niettemin menen - ook als punt 49 van Naturschutzring buiten de context van de uitspraak mag worden gelezen - dat allereerst de effectiviteit van het pakket moet worden aangetoond om vervolgens de effectiviteit van de concrete maatregel als werkzaam onderdeel van dat pakket te onderbouwen *in die zin dat het bevoegd gezag moet aantonen dat het pakket zónder die concrete maatregel niet kan functioneren*.

Zo dient meen ik het begrip 'zinvolle bijdrage' te worden begrepen. Het zou de doelstellingen van de Dienstenrichtlijn en de Unietrouw niet helpen als de pakketbenadering zou inhouden dat eis van aantoonbare effectiviteit in een concreet geval zou worden versoepeld door het bevoegd gezag in een concreet geval met een verwijzing naar de effectiviteit van het pakket te laten volstaan. Zo zijn de overwegingen van de Afdeling meen ik ook niet bedoeld: de evenredigheids- en effectiviteitstoets van de concrete maatregel is vereist, ook als die onderdeel is van een pakket. Als we teruggrijpen op de casus in Schiedam, Schijndel of Maastricht is de gedachte dat met (weigerings)besluiten in concrete gevallen wordt voorkomen dat de emmer op enig moment overloopt, of dat de kruik barst. Die risico's vormen de basis van de noodzakelijkheidseis, maar uitsluitend de laatste druppels of de laatste meters kunnen met inachtneming van de evenredigheidseis met recht door een weigeringsbesluit worden getroffen. Pas dan kan met nauwkeurige gegevens worden aangetoond dat het maatregelenpakket zonder dat concrete, individuele besluit niet functioneert en dat de doelstellingen van het pakket worden ondermijnd.

In Schiedam en Den Haag overweegt de Afdeling dat de 'richtlijnconforme interpretatie' van de ontheffingsmogelijkheid niet zo ver gaat dat zij al kan worden toegepast wanneer de specifieke beperking niet zelfstandig de nagestreefde doelen verwezenlijkt. De gekozen formulering is aanmerkelijk genuanceerder dan de Maastricht-overweging. Zinvolle bijdrage betekent weliswaar niet de eis van zelfstandige volledige effectiviteit, maar wél dat het bevoegd gezag moet aantonen dat het pakket aan maatregelen zonder de individuele maatregel niet kan functioneren. In de metafoor van de emmer of de kruik: het niet toelaten van een druppel of een extra meter is niet evenredig als het bevoegd gezag niet kan aantonen dat de emmer overstroomt of dat de kruik barst.

### 13 Tot slot

Het VU-rapport is een aanzet geweest om met meer precisie en onderbouwd rekenwerk vergunningstelsels in te richten en besluiten voor te bereiden. Hobbels en hindernissen genoeg in het verschiet - de zinvolle bijdrage is er maar één van - maar al met al meen ik dat een belangwekkende geschiedenis voorligt van belangwekkende rechtsvorming: uitspraken waarbij das Unmögliche mogelijk is gebleken.

55 Onverminderd het feit dat die overweging op zichzelf staat, omdat het Hof hetgeen daar is overwogen 'in het algemeen' opmerkt.



# De binding aan bevoegdhedenovereenkomsten in het ruimtelijke ordeningsrecht

Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman

## 1 Inleiding

In maart 2006 was kamer HG-6A23 de werkplek van Jan Struiksma aan de VU. Zij was vanaf toen tevens mijn eerste werkplek. Een betere kamergenoot kan een beginnend promovendus zich niet wensen. Met zijn schat aan ervaring en kennis was en is Jan de ideale vraagbaak, niet alleen voor het doen van onderzoek, maar ook voor het geven van onderwijs. Eigenlijk nog veel belangrijker dan het voorgaande is evenwel dat het een erg fijne tijd was samen met Jan, een tijd waar ik met veel plezier op terugkijk.

In mijn eerste jaar bij Jan op de kamer publiceerde hij in het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* een prachtig stuk over contractsvrijheid bij grondexploitatieovereenkomsten.<sup>1</sup> Centrale vraag in dat artikel is in hoeverre gemeenten daadwerkelijk beschikken over de vrijheid om te contracteren over grondexploitatiekosten. In zijn analyse betreft Jan de publiekrechtelijke beginselen die de contractsvrijheid kunnen inperken en verbindt hij deze aan de verschillende posities die partijen ten opzichte van elkaar kunnen innemen. Dat mooie artikel is voor mij altijd een inspiratiebron geweest. In deze bijdrage beproef ik een soortgelijke aanpak - te weten een juridische analyse waarbij de aandacht eveneens uitgaat naar de verschillende posities die partijen ten opzichte van elkaar kunnen innemen. Ik gebruik die aanpak hier voor de beantwoording van de vraag in hoeverre gemeenten zijn gebonden aan bevoegdhedenovereenkomsten over planologische bevoegdheden.

In een bevoegdhedenovereenkomst maakt de overheid afspraken over hoe zij een publiekrechtelijke bevoegdheid in de toekomst zal gaan uitoefenen. Vaak wordt gecontracteerd over de bevoegdheid om besluiten in de zin van art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) te nemen. Dat gebeurt ook over bevoegdheden die betrekking hebben op het vaststellen van het bestemmingsplan en het verlenen van een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan.<sup>2</sup> Een probleem dat zich nogal eens voordoet is dat het gemeentebestuur uiteindelijk bij het nemen van het besluit ter uitvoering van de overeenkomst wil afwijken van de gemaakte afspraken. De vraag die dan rijst is of en

---

1 J. Struiksma, 'Contractsvrijheid door de Grondexploitatiewet?', *WPNR* 2006, nr. 6689, p. 821-825.

2 Zie uitvoerig: P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 401 e.v.

in hoeverre hij gebonden is aan de bevoegdhedenovereenkomst. Deze vraag staat in deze bijdrage centraal, waarbij de focus ligt op gemeentelijke bevoegdhedenovereenkomsten op het gebied van de ruimtelijke ordening.<sup>3</sup>

Hierna wordt eerst in algemene zin ingegaan op het sluiten van bevoegdhedenovereenkomsten over planologische bevoegdheden (paragraaf 2). Daarna wordt dieper ingegaan op de rol van bevoegdhedenovereenkomsten bij het nemen van besluiten op het terrein van de ruimtelijke ordening en de rechtspraak van de bestuursrechter daarover (paragraaf 3). Vervolgens komt de burgerlijke rechter aan bod, aangezien uitvoeringsgeschillen over bevoegdhedenovereenkomsten ook aan deze rechter kunnen worden voorgelegd (paragraaf 4). Deze bijdrage wordt afgesloten met een slotbeschouwing (paragraaf 5).<sup>4</sup>

## 2 Planologische bevoegdheden en het sluiten van overeenkomsten

De Wet ruimtelijke ordening (Wro) en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) kennen publiekrechtelijke bevoegdheden op het terrein van de ruimtelijke ordening toe aan bestuursorganen.<sup>5</sup> Te denken valt aan het vaststellen van het bestemmingsplan door de gemeenteraad respectievelijk het verlenen van een omgevingsvergunning om van het bestemmingsplan af te wijken door het college van burgemeester en wethouders. Deze wetten laten het bestuursorgaan bij de uitoefening van deze publiekrechtelijke bevoegdheden beslissingsruimte. Het bestuur kan deze ruimte gebruiken om over de toekomstige uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid een overeenkomst te sluiten. Het sluiten van de bevoegdhedenovereenkomst is, nu de bevoegdheid daartoe niet uitdrukkelijk is geregeld in de wet,<sup>6</sup> maar daar impliciet uit blijkt, te zien als een geïmpliceerde bevoegdheid.

De bevoegdhedenovereenkomst gaat vooraf aan de daadwerkelijke uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarop zij betrekking heeft. Omdat de uitkomst van de publiekrechtelijke besluitvorming op voorhand niet helemaal te voorspellen is, bijvoorbeeld omdat tijdens een bestemmingsplanprocedure ook derden-belanghebbenden inspraak hebben, wordt door gemeenten vaak gewerkt met een inspanningsverbintenis. Dat wil overigens niet zeggen dat het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst een vrijblijvende aangelegenheid is. Zegt het gemeentebestuur bijvoorbeeld toe om zich in te spannen een bestemmingsplan met een bepaalde invulling in procedure te brengen, dan zal het die inspanning in beginsel ook moeten leveren.

---

3 Op den duur zal het bestemmingsplan, als de Omgevingswet wordt ingevoerd, opgaan in het omgevingsplan. Hetgeen aan de orde komt over contracteren over planologische bevoegdheden onder de huidige regelgeving geldt mutatis mutandis voor het contracteren over planologische bevoegdheden onder de Omgevingswet.

4 Delen van deze bijdrage zijn gebaseerd op: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 645 e.v. en p. 688 e.v.

5 Op het terrein van de ruimtelijke ordening zijn ook andere wetten, zoals de Crisis- en herstelwet, van belang. Deze wetten blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

6 Een uitzondering vormt art. 6.4a Wro waarin de bevoegdheid voor het college van burgemeester en wethouders is opgenomen om te contracteren over planschade. Voor zover wordt gecontracteerd over planschade heeft dat dus wel een wettelijke grondslag.

De bevoegdhedenovereenkomst wordt door de Hoge Raad gezien als een overeenkomst met een gemengd privaatrechtelijk en publiekrechtelijk karakter.<sup>7</sup> De overeenkomst zelf heeft een privaatrechtelijk karakter en wordt gesloten door de gemeente, de uitvoering door een gemeentelijk bestuursorgaan in de vorm van het nemen van een besluit in de zin van de Awb is publiekrechtelijk van aard. De vraag in hoeverre de gemeente dan wel het gemeentelijke bestuursorgaan is gebonden aan een contractuele toezegging over een planologische bevoegdheid kan, zoals hierna nader wordt uitgewerkt, zowel bij de bestuursrechter als de burgerlijke rechter aan de orde komen.

### 3 Besluitvorming en contract: de rol van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

*Overeenkomst zet procedurele en inhoudelijke toetsing besluitvorming niet opzij*

Noch in de Wro, noch in de Wabo treft men regels aan over de binding van bestuursorganen aan bevoegdhedenovereenkomsten bij de besluitvorming. Ook in de Awb treft men daarover geen regels aan. Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State valt op te maken dat een bevoegdhedenovereenkomst de procedurele en inhoudelijke toetsing niet opzijzet bij het nemen van een besluit. Illustratief is de volgende overweging uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 juni 2012:

‘Voor zover [appellant sub 1A] een beroep doet op de door hem met de gemeente gesloten overeenkomst, overweegt de Afdeling dat (...) een overeenkomst als de onderhavige niet kan leiden tot een verplichting van de raad aan gronden een bestemming te geven die de raad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening zou achten. Het aanvaarden van gebondenheid van de raad aan het leggen van de bestemming zoals in de overeenkomst voorzien, zou zich niet verdragen met de door de wetgever in artikel 3.1 van de Wro aan de raad toegekende bevoegdheid om, in het belang van een goede ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen vast te stellen na het volgen van de daartoe in deze wet dwingend voorgeschreven en met waarborgen omklede procedure. De definitieve beslissing over de vaststelling van het bestemmingsplan kan mede afhankelijk van alle in de loop van de procedure naar voren gekomen feiten en belangen - ook de mogelijke belangen van derden - anders uitvallen dan door het college van burgemeester en wethouders bij het sluiten van de overeenkomst is ingeschat.’<sup>8</sup>

Hieruit volgt dat het bestuursorgaan in de besluitvormingsprocedure dus geen stappen kan overslaan als een bevoegdhedenovereenkomst is gesloten. Ook leidt het feit dat een bevoegdhedenovereenkomst is gesloten niet tot een inhoudelijk ander toetsingskader voor het nemen van het besluit. Het is bij de vaststelling van een bestemmingsplan aan de gemeenteraad om te beoordelen of een bestemming in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening; daaraan kan niet worden voorbijgegaan met het argument dat een bevoegdhedenovereenkomst is gesloten. Het voorgaande roept de vraag op wat dan de toegevoegde waarde of de rol van de overeenkomst is in dit besluitvormingspro-

7 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

8 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen.

ces. Voor de beantwoording van deze vraag biedt de eerder aangehaalde uitspraak van 27 juni 2012 van de Afdeling een aanknopingspunt:

‘Dat tussen [appellant sub 1A] en de gemeente een overeenkomst is gesloten, is wel een omstandigheid die de raad bij de vaststelling van het plan in zijn overwegingen dient te betrekken. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad dat in het onderhavige geval gedaan en is voldoende gemotiveerd waarom de raad in het geval van [appellant sub 1A] niet van zijn beleid wenst af te wijken.’<sup>9</sup>

Uit deze overweging volgt dat het feit dat een overeenkomst is gesloten een omstandigheid is die bij de besluitvorming in de overwegingen dient te worden betrokken. Dit is inmiddels een vaste lijn in de Afdelingsjurisprudentie. Uit diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel, volgt hoe bestuursorganen met bevoegdhedenovereenkomsten moeten omgaan bij het nemen van besluiten.

#### *Formele zorgvuldigheidsbeginsel*

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel is gecodificeerd in art. 3:2 Awb. Een bestuursorgaan dient op grond van dit artikel bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Wanneer het bestuursorgaan een bevoegdhedenovereenkomst niet of niet geheel bij de besluitvorming betreft, levert dit onzorgvuldig handelen op en dat kan (mede) ertoe leiden dat een besluit wordt vernietigd door de bestuursrechter. Dit blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 april 2015.<sup>10</sup>

De vraag rijst hoever de verplichting om een overeenkomst bij de besluitvorming te betrekken reikt, met name in die situaties waarin het contract verplichtingen bevat voor een ander bestuursorgaan dan het bestuursorgaan dat het besluit neemt. Uit de jurisprudentie volgt dat het ook onder die omstandigheden zo kan zijn dat op het bestuursorgaan de verplichting rust om de overeenkomst bij de besluitvorming te betrekken. In dit verband kan eveneens worden gewezen op de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 29 april 2015. In deze zaak gaat het om een overeenkomst die een inspanningsverplichting bevat voor het college van burgemeester en wethouders in het kader van de voorbereiding van een bestemmingsplan, terwijl de bevoegdheid om dit plan vast te stellen bij de gemeenteraad ligt. Er is in dit geval een verplichting voor de gemeenteraad om duidelijk te maken welk gewicht aan de uit die overeenkomst voortvloeiende afspraken is toegekend bij het nemen van het besluit.<sup>11</sup>

Dat het bestuursorgaan de overeenkomst op grond van het formele zorgvuldigheidsbeginsel bij de besluitvorming moet betrekken, zegt op zichzelf nog niets over het inhoudelijk gewicht dat aan de overeenkomst bij de besluitvorming moet worden toegekend. Daarvoor is het vertrouwensbeginsel van belang, dat hierna wordt besproken.

---

9 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen.

10 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, AB 2015/384, m.nt. P.J. Huisman.

11 ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, AB 2015/384, m.nt. P.J. Huisman.

### *Vertrouwensbeginsel*

Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is het nodig dat er gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt door een toezegging die aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend.<sup>12</sup> Bij overheidsovereenkomsten op gemeentelijk niveau is de publiekrechtelijke rechtspersoon (de gemeente) naar geldend recht contractspartij. Dit geldt ook voor overeenkomsten waarin toezeggingen worden gedaan over de uitoefening van planologische bevoegdheden door bestuursorganen. De contractspartij aan overheidszijde (de publiekrechtelijke rechtspersoon) en degene die daadwerkelijk tot uitvoering van het contract over moet gaan door een planologisch besluit te nemen (een bestuursorgaan), lopen bij deze overeenkomsten uit elkaar. De publiekrechtelijke rechtspersoon heeft geen zeggenschap over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden; publiekrechtelijke bevoegdheden komen namelijk toe aan bestuursorganen. Dit leidt echter niet tot problemen in de sfeer van de binding aan de gemaakte afspraken als het bestuursorgaan over wiens bevoegdheid wordt gecontracteerd bij de contractsluiting is betrokken. Het college van burgemeester en wethouders heeft een rol bij het sluiten van contracten op gemeentelijk niveau (art. 160 lid 1 onderdeel e Gemeentewet). Voor zover een contract verplichtingen voor het college bevat, is het college in beginsel gebonden. Bij de gemeenteraad ligt het anders. De gemeenteraad hoeft, behoudens situaties zoals genoemd in art. 169 lid 4 Gemeentewet, niet bij het sluiten van de overeenkomst te worden betrokken. Wanneer de raad niet bij het sluiten van de overeenkomst is betrokken en daarin afspraken zijn gemaakt over zijn bevoegdheid om een bestemmingsplan vast te stellen, dan is hij daaraan niet gebonden.<sup>13</sup> In de praktijk wordt, om zeker te stellen dat de gemeenteraad toch aan de gemaakte afspraken is gebonden, gewerkt met een aparte instemming door de raad.<sup>14</sup> Om bindingsperikelen te voorkomen, zou het wenselijker zijn dat niet de publiekrechtelijke rechtspersoon, maar het bestuursorgaan over wiens publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gecontracteerd als contractspartij bij de sluiting van een bevoegdhedenovereenkomst is betrokken, aangezien dit bestuursorgaan zeggenschap over deze bevoegdheid heeft.<sup>15</sup>

Zijn er gerechtvaardigd gewekte verwachtingen, dan betekent dit niet altijd dat deze dienen te worden gehonoreerd. Tegen honoreren van deze verwachtingen kunnen de belangen van derden, het algemeen belang en de wet zich verzetten.<sup>16</sup> Heeft een bevoegdhedenovereenkomst over planologische bevoegdheden gerechtvaardigde verwachtingen

12 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694. Zie voorts de conclusie van staatsraad advocaat-generaal P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2019:896.

13 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen. Vgl. de conclusie over het vertrouwensbeginsel, ECLI:NL:RVS:2019:896, paragraaf 3.20.

14 Zie daarover ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 631.

15 De Hoge Raad lijkt in het arrest 'Ruimte-voor-Ruimte-overeenkomst II' (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, AB 2017/339, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen) de mogelijkheid open te houden dat ook een bestuursorgaan contractspartij kan zijn. Dit zou kunnen worden opgemaakt uit de overweging dat een 'bevoegdhedenovereenkomst (...) een overeenkomst [is] waarbij een bestuursorgaan, of het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, zich bindt met betrekking tot de uitoefening van hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden.' Zie N. Jak & C.N.J. Kortmann, 'Procesbevoegdheid van de overheid in een burgerlijk geding. Rechtspersoon of bestuursorgaan?', *NTB* 2017/40, p. 364.

16 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen. Zie recent ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.



gewekt, dan betekent dit niet zonder meer dat er bestuursrechtelijk een verplichting is een besluit te nemen dat overeenkomt met de gemaakte afspraken.<sup>17</sup> Mede afhankelijk van alle in de procedure naar voren gekomen feiten en belangen, waaronder de belangen van derden, kan het besluit anders uitvallen dan bij het aangaan van het contract is ingeschat.<sup>18</sup> De belangenafweging door het bestuursorgaan, waarbij het belang van het honoreren van de verwachtingen slechts één van de af te wegen belangen is, naast bijvoorbeeld de belangen van derden en het algemeen belang, wordt terughoudend getoetst door de bestuursrechter. Ook al is er een bevoegdhedenovereenkomst over de uitoefening van een planologische bevoegdheid gesloten, het bestuursorgaan behoudt een zekere vrijheid om wel of niet overeenkomstig de gemaakte afspraken te besluiten. Dat neemt echter niet weg dat deze vrijheid wel grenzen kent. Het niet honoreren van gerechtvaardigd gewekt vertrouwen zonder een afdoende inhoudelijke reden kan tot vernietiging van het besluit ter uitvoering van de bevoegdhedenovereenkomst leiden.<sup>19</sup>

### *Motiveringsbeginsel*

Een ander beginsel dat van belang is, is het motiveringsbeginsel (zie met name art. 3:46 en 3:47 Awb).<sup>20</sup> Het bestuursorgaan is niet alleen verplicht om de overeenkomst bij de besluitvorming te betrekken, maar ook om voldoende te motiveren welke rol de overeenkomst heeft gespeeld. Het niet of niet voldoende motiveren welke rol een bevoegdhedenovereenkomst heeft gespeeld in de overwegingen om een bepaald besluit te nemen kan leiden tot vernietiging van een besluit.

Een besluit moet op grond van de Awb een kenbare motivering hebben. Wanneer deze ontbreekt, en dus ook een motivering ontbreekt welke rol de overeenkomst heeft gespeeld bij de besluitvorming, hoeft dit overigens niet altijd tot een vernietiging van dit besluit door de rechter te leiden. Als de motivering nadien kenbaar wordt gemaakt, dan kan dit gebrek evenwel door de rechter worden gepasseerd op grond van art. 6:22 Awb (mits uiteraard aan de vereisten van dit artikel is voldaan).<sup>21</sup>

De in een besluit gegeven motivering moet voorts voldoende draagkrachtig zijn. Wanneer het bestuursorgaan er niet in slaagt om voldoende inzichtelijk te maken hoe de belangen die zijn gemoeid met het nakomen van de overeenkomst zijn betrokken in de belangenafweging, dan is het besluit onvoldoende gemotiveerd en kan het besluit door de bestuursrechter worden vernietigd.<sup>22</sup> Is dat het geval dan is het bestuursorgaan weer aan zet en moet het de rol die de overeenkomst in de belangenafweging heeft gespeeld, alsnog inzichtelijk maken.

---

17 Enzo C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma', in: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann en R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 140-142.

18 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen. Zie ook ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:106, TBR 2017/45 m.nt. H.J. de Vries.

19 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9924, AB 2004/458, m.nt. C.N.J. Kortmann (Wijziging Tracébesluit).

20 Staat tegen een planologisch besluit bezwaar open dan is art. 7:12 Awb relevant.

21 ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0796, AB 2013/210, m.nt. A.R. Neerhof.

22 ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:986, TBR 2014/59, m.nt. H.J. de Vries en ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1052, ABkort 2014/134.

*Posities van contractspartijen: tijdsverloop*

Tussen het sluiten van de overeenkomst en de uitvoering in de vorm van het nemen van het toegezegde besluit zit (soms een aanzienlijk) tijdsverloop. Gedurende dit tijdsverloop kunnen de posities van beide contractspartijen - gemeente en (vaak) een projectontwikkelaar - veranderen, hetgeen van invloed kan zijn bij de uiteindelijke besluitvorming ter uitvoering van het contract.

Aan de kant van de gemeente kan het zijn dat de politieke samenstelling van het gemeentebestuur verandert of dat het gemeentelijke beleid anderszins wijzigt. Voorts kan het zich voordoen dat de in het contract gemaakte afspraken geen draagvlak vinden bij een groot deel van de inwoners van een gemeente. Dit kan ertoe leiden dat er maatschappelijke druk ontstaat om van de overeenkomst af te wijken.<sup>23</sup> Uiteraard kan aan de kant van de ontwikkelaar ook het een en ander veranderen. Zo kan het belang om een bepaald planologisch besluit te verkrijgen komen te vervallen of minder worden. Bijvoorbeeld omdat het niet meer financieel aantrekkelijk of haalbaar is om het project uit te voeren.<sup>24</sup>

Maatschappelijke en politieke druk en het wegvallen van de noodzaak bij de wederpartij van de gemeente om een bepaald besluit te verkrijgen kunnen ertoe leiden dat het gemeentebestuur bij de besluitvorming afwijkt van de contractuele afspraken. Het hiervoor geschetste bestuursrechtelijke kader biedt daartoe ook de ruimte. Afwijken van de overeenkomst hoeft niet in de weg te staan aan een rechtmatig besluit. Daarmee is de kous, zoals hierna aan de orde komt, echter nog niet af.

## 4 Civielrechtelijke procedure in geval van niet-nakoming

*De burgerlijke rechter en niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst*

Wijkt het besluit ter uitvoering van de overeenkomst af van de afspraken en wil de wederpartij van de gemeente nakoming in de vorm van het toegezegde planologische besluit afdwingen bij de rechter, dan dient deze partij zich tot de bestuursrechter te wenden. Met een dergelijke nakomingsvordering kan de wederpartij van de gemeente niet bij de burgerlijke rechter terecht.<sup>25</sup>

Wordt het planologische besluit ter uitvoering van de overeenkomst vernietigd door de bestuursrechter dan kan de wederpartij van de gemeente schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming vorderen. In beginsel moet men daarvoor bij de burgerlijke rechter zijn, maar als de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000.- bedraagt kan men ook kiezen voor de bestuursrechter (art. 8:88 jo. 8:89 lid 2 Awb). Wordt het besluit ech-

23 Vgl. de casus in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3522, waarin een overeenkomst met toezeggingen over planologische bevoegdheden leidt tot 'maatschappelijke onrust'.

24 Vgl. de casus in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7971, waarin halverwege de planologische procedure blijkt dat de noodzaak tot een bestemmingsplanwijziging bij de wederpartij van de gemeente is komen te vervallen.

25 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

ter niet vernietigd, dan kan men noch bij de burgerlijke rechter, noch bij de bestuursrechter met succes schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming vorderen.

Het voorgaande staat er evenwel niet aan in de weg dat de wederpartij van de gemeente altijd - ook in het geval het besluit ter uitvoering van de overeenkomst formele rechtskracht heeft gekregen - met een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie (een vordering op grond van art. 6:74 Burgerlijk Wetboek (BW)) bij de burgerlijke rechter terecht kan. Hiertoe overweegt de Hoge Raad in het arrest Etam/Zoetermeer (onder meer) het volgende:

‘De bestuursrechter toetst immers niet of het overheidslichaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de naleving van de verplichting die het bij de overeenkomst op zich genomen heeft, maar of er reden is het besluit te vernietigen wegens strijd met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder (indien de wederpartij beroep op een overeenkomst doet) met name het vertrouwensbeginsel. Die toetsing wordt niet alleen bepaald door een uitleg van de overeenkomst en een daarmee verband houdende beoordeling van de gerechtvaardigheid van het vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van een besluit met een bepaalde inhoud, maar ook door regels van publiekrecht en door de in voorkomend geval bij het besluit betrokken belangen van derden en het algemeen belang. De vernietiging door de bestuursrechter verplicht dan ook alleen tot vergoeding van de schade die door de wederpartij door het vernietigde besluit is geleden, niet tot die welke zij door de gestelde wanprestatie lijdt.’<sup>26</sup>

#### *Voorbeelden van een toerekenbare tekortkoming*

Dat het mogelijk is voor de wederpartij van de gemeente om met een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie te procederen bij de burgerlijke rechter zegt uiteraard nog niets over de inhoudelijke kans van slagen die een dergelijke vordering heeft. Het hangt in hoge mate van de omstandigheden van het geval af of de gemeente toerekenbaar tekortkomt in de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst. Kort gezegd hangt het ervan af wat er in het contract staat en wat de contractspartijen redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten.<sup>27</sup>

Het feit dat in de overeenkomst veelal een inspanningsverplichting is opgenomen over de uitoefening van een planologische bevoegdheid wil niet zeggen dat een beroep op art. 6:74 BW per definitie kansloos is. In de jurisprudentie is herhaaldelijk naar voren gekomen dat de schending van een inspanningsverplichting een toerekenbare tekortkoming kan opleveren.<sup>28</sup> Het staken van inspanningen en het niet doorzetten van een planwijzigingsprocedure kan bijvoorbeeld een toerekenbare tekortkoming opleveren.<sup>29</sup> Ook het maken van fouten in een bestemmingsplanprocedure kan ertoe leiden dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een inspanningsverplichting.<sup>30</sup> Voorts kan het zijn dat de inspanningsverplichting is gekoppeld aan het halen van ter-

---

26 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

27 P.J. Huisman, ‘De bevoegdhedenovereenkomst: hoe het niet nakomen van een inspanningsverplichting tot een schadevergoeding kan leiden’, *JBplus* 2013, p. 14.

28 Zie uitvoerig: Huisman 2013, p. 11 e.v.

29 Gerechtshof Arnhem 27 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5418.

30 Rechtbank Zwolle 11 februari 2004, ECLI:NL:RBZWO:2004:AO8924.

mijnen in het besluitvormingsproces en dat het niet halen daarvan leidt tot het oordeel van de rechter dat de gemeente toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming.<sup>31</sup>

Of de gemeente zich voldoende heeft ingespannen kan afhankelijk zijn van de opstelling van haar wederpartij. Illustratief is de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 december 2017.<sup>32</sup> De gemeente Doetinchem heeft in 2006 contractueel toegezegd zich te zullen inspannen om het bestemmingsplan te wijzigen, zodat in een oud belastingkantoor woningbouw mogelijk is. Als de projectontwikkelaar niet met concrete plannen komt, wordt in 2011 een actualisering van het ter plekke geldende bestemmingsplan vastgesteld, waarin aan de grond de bestemming 'maatschappelijk' wordt gegeven en aan het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid die bestemming te wijzigen in 'woning en tuin' (een zogenoemde binnenplanse wijzigingsbevoegdheid). De stelling van de projectontwikkelaar dat de gemeente zich onvoldoende heeft ingespannen om binnen de overeengekomen termijn zorg te dragen voor wijziging van de bestemming op haar perceel naar 'wonen' treft geen doel. Uit de overwegingen van het hof volgt dat het te wijten is aan de projectontwikkelaar - die herhaaldelijk naliet informatie te geven, omdat zij nog geen concrete plannen had - dat de bestaande bestemming niet (relevant) is gewijzigd en slechts de bevoegdheid voor het college om de bestemming te kunnen wijzigen tot 'wonen en tuin' is gecreëerd. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat er volgens het hof toch (anderszins) sprake is van wanprestatie in dit geval. Dat komt doordat het gemeentebestuur in 2012 het kantoorpand als gemeentelijk monument heeft aangewezen, waardoor de ontwikkelaar aanzienlijk in haar mogelijkheden is beperkt; het realiseren van 16 starterswoningen is daardoor niet meer mogelijk. Volgens het hof heeft de gemeente door het aanwijzingsbesluit het doel dat de projectontwikkelaar bij de overeenkomst had onbereikbaar gemaakt en is zij daarom tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen.

#### *Posities van contractspartijen: processtrategie*

Er laten zich verschillende routes om te procederen denken voor de wederpartij van de gemeente als het afgesproken besluit niet wordt genomen.

Een route kan zijn te proberen nakoming in de vorm van het afgesproken besluit te verkrijgen via de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en tevens dan wel daarna als dat niet is gelukt via de burgerlijke rechter te pogen om schadevergoeding wegens wanprestatie te verkrijgen. Het kan zijn dat men dan weliswaar niet het afgesproken besluit krijgt, maar toch wel enige vorm van schadevergoeding.

Een andere route kan zijn niet bestuursrechtelijk te procederen in geval een gemeente niet-nakomt, maar alleen een civielrechtelijke schadevergoedingsvordering wegens toerekenbare tekortkoming in te stellen. Dat kan ingegeven zijn door het feit dat de wederpartij van de overheid liever schadevergoeding dan nakoming wenst. Overigens kan het ook zo zijn dat men niets meer te kiezen heeft. Wanneer de termijn voor het instellen van een bestuursrechtelijk rechtsmiddel tegen het besluit ter uitvoering van de overeen-

31 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3522.

32 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10974, BR 2018/42, m.nt. K. Meijering & E.J.M. van der Ploeg.

komst ongebruikt is verstreken, resteert slechts de mogelijkheid van het instellen van een schadevergoedingsvordering wegens wanprestatie bij de burgerlijke rechter.

Het kan zich bij beide hiervoor genoemde routes voordoen dat de wederpartij van de gemeente door het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie de druk wil opvoeren op het gemeentebestuur om alsnog overeenkomstig de gemaakte afspraken te besluiten. De dreiging van een lang en duur civielrechtelijk traject en het risico dat dit traject mogelijk ertoe leidt dat een fikse schadevergoeding moet worden betaald, kan voor het gemeentebestuur een reden zijn om (alsnog) een besluit te nemen overeenkomstig de gemaakte afspraken. Als bijvoorbeeld door het niet-nakomen van een contractuele toezegging een grootschalig (woningbouw)project niet doorgaat of ernstige vertraging oploopt dan is het heel goed denkbaar dat de projectontwikkelaar een grote schadeclaim - die in de miljoenen euro's loopt - wegens toerekenbare tekortkoming instelt.<sup>33</sup> Dit kan een reden vormen voor de gemeente om heronderhandelingen te starten (al dan niet in het kader van een schikkings- of mediationtraject) of voor het gemeentebestuur om toch terug te komen op eerdere publiekrechtelijke besluitvorming. Aldus kan het instellen van een civielrechtelijke actie (uiteindelijk) doorklinken in de publiekrechtelijke besluitvorming. Dit zou er zelfs toe kunnen leiden, dat, als de wederpartij van de gemeente daarvoor sterk genoeg staat, zij een bestuursrechtelijke procedure ingeval van niet-nakoming links laat liggen en meteen opteert voor het opvoeren van de druk door middel van het starten van een civielrechtelijke procedure. Zo beschouwd zou de wederpartij van de gemeente, als de omstandigheden van het geval zich daartoe lenen, buiten de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure om een bepaald besluit kunnen afdwingen. Afhankelijk van de processtrategie zou een civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie kunnen dienen als een soort pseudo-herkansing of als een 'breekijzer'.

## **5 Slot: bevindingen en aanbevelingen**

Het gemeentebestuur dient door de gemeente aangegane bevoegdhedenovereenkomsten op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te betrekken bij zijn besluitvorming. Met name het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel verplichten hiertoe. Uiteraard dient het bestuursorgaan gerechtvaardigd gewekte verwachtingen zoveel mogelijk te honoreren, maar in het ruimtelijk bestuursrecht heeft het bestuursorgaan ruimte om rechtmatig van de gemaakte afspraken af te wijken. Veranderingen in de posities van beide contractspartijen, maar ook de inbreng van derden gedurende het besluitvormingsproces, kunnen ertoe leiden dat een rechtmatig besluit wordt genomen dat afwijkt van de gemaakte afspraken. Is de wederpartij van de gemeente het met dat besluit niet eens, dan staat daartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. De wederpartij van de gemeente kan voorts via een

---

33 Een voorbeeld van een miljoenenclaim die de landelijke media heeft gehaald betreft de vordering van vastgoedbedrijf KNSF op de gemeente Muiden wegens contractbreuk. De ontwikkelaar vorderde op enig moment 360 miljoen euro vanwege – kort gezegd – het niet-nakomen van planologische afspraken om grootschalige woningbouw mogelijk te maken. Zie onder meer: [www.binnenlandsbestuur.nl/ruimte-en-milieu/nieuws/knsf-claimt-360-miljoen-euro-bij-muiden.1907263.lynkx](http://www.binnenlandsbestuur.nl/ruimte-en-milieu/nieuws/knsf-claimt-360-miljoen-euro-bij-muiden.1907263.lynkx) en [www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/vastgoedbedrijf-knsf-eist-360-miljoen-van-muiden-b9ecc6d0/](http://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/vastgoedbedrijf-knsf-eist-360-miljoen-van-muiden-b9ecc6d0/).

civielrechtelijke actie schadevergoeding wegens wanprestatie vorderen. Onder omstandigheden kan onder druk van een dergelijke claim de publiekrechtelijke besluitvorming worden bijgesteld.

De Wro, de Wabo en (straks) de Omgevingswet bevatten geen regels die specifiek zien op de binding van een bestuursorgaan aan een bevoegdhedenovereenkomst. Daarin is het ruimtelijke ordeningsrecht niet uniek. Over het algemeen ontbreken wettelijke regels over de binding van bestuursorganen aan bevoegdhedenovereenkomsten. Het is naar mijn mening uit het oogpunt van rechtszekerheid wenselijk dat er enige algemene regels met betrekking tot de binding van bestuursorganen aan bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb worden opgenomen.<sup>34</sup> Te denken valt aan een bepaling waaruit duidelijk blijkt dat bestuursorganen bevoegd zijn om bevoegdhedenovereenkomsten te sluiten en dat het bestuursorgaan over wiens bevoegdheid wordt gecontracteerd betrokken is bij het sluiten van de overeenkomst en daarbij contractspartij is. Verder is het wenselijk om wettelijk te verankeren dat het bestuursorgaan overeenkomstig de gemaakte afspraken handelt, tenzij zwaarder wegende belangen zich daartegen verzetten. Daarbij zou tevens kunnen worden vastgelegd dat het geoorloofd afwijken van de overeenkomst bij het nemen van het uitvoeringsbesluit het bestuursorgaan niet ontslaat van zijn schadevergoedingsplicht tegenover de wederpartij bij het contract.<sup>35</sup> Eventuele perikelen in de sfeer van de binding die hiermee samenhangen kunnen zo worden ondervangen.

Een geschil over de uitvoering door het gemeentebestuur van de contractuele (inspannings)verplichting om een bepaald planologisch besluit te nemen is naar geldend recht versnipperd over twee verschillende soorten rechters. Het is naar mijn mening wenselijk een einde te maken aan deze fragmentatie en de beslechting van geschillen over de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst over een planologische bevoegdheid neer te leggen bij één rechter.<sup>36</sup> Ingeval de bestuursrechter oordeelt over de nakoming in de vorm van een appellabel besluit, zou hij naar mijn mening ook moeten kunnen kennisnemen van de gehele te vorderen schadevergoeding. Het is van belang de Awb, waar de algemene regels over beroep bij de bestuursrechter zijn te vinden, op dit punt aan te passen. Zo valt te denken aan een verruiming van de mogelijkheid om schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming te vragen bij de bestuursrechter; hetgeen een aanpassing van titel 8.4 Awb (i.h.b. art. 8:89 Awb) vergt. Te denken valt voorts aan een uitbreiding van titel 8.4 Awb met een verzoekschriftprocedure waarin de wederpartij van het bestuursorgaan schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst kan vorderen bij de bestuursrechter.<sup>37</sup>

34 In een Awb-regeling van de bevoegdhedenovereenkomst zouden ook andere onderwerpen kunnen worden meegenomen. Zie: F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 717-735 en Huisman 2012, p. 623-708.

35 Van Ommeren 2010, p. 727 e.v. en Huisman 2012, p. 656 e.v.

36 Vgl. in algemene zin F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 p. 35.

37 P.J. Huisman, *Verslag VAR-jaarvergadering 2018*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 23 e.v.



# Over de regeling van vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen in de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005

*Prof. mr. C.E.C. (Chris) Jansen*

## 1 Inleiding

De eerste keer dat ik Jan Struiksma ontmoette, was tijdens de NIROV conferentie van 29 september 1994.<sup>1</sup> Hij had mij uitgenodigd om te komen spreken over de betekenis van het Europees aanbestedingsrecht voor publiek-private samenwerkingen. Tien jaar later ontmoetten wij elkaar opnieuw, toen ik aan de VU werd benoemd. Wij werden collega's in hetzelfde onderzoeksprogramma en - enkele jaren later - in het *Centre for Public Contract Law & Governance* (CPC). Binnen het CPC verrichten wij onderzoek naar publiek-private rechtsverhoudingen. Onze interesses ontmoeten elkaar daar waar het omgevingsrecht en het bouwcontractenrecht overlappen: de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's tussen opdrachtgever en aannemer wat betreft de voor de realisatie van een bouwproject benodigde toestemmingen. Dat onderwerp heeft de afgelopen jaren bijzondere kleur gekregen als gevolg van de transitie van traditionele naar geïntegreerde bouworganisatievormen. Aannemers dragen in toenemende mate verantwoordelijkheid voor het ontwerp van het door hen te realiseren bouwproject en - in het verlengde daarvan - voor het verkrijgen van de daarvoor benodigde toestemmingen. Om deze ontwikkeling te faciliteren, is onder auspiciën van de CROW<sup>2</sup> een paritair modelcontract ontwikkeld dat uit twee delen bestaat: de Model Basisovereenkomst (MBO) en de bijbehorende Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen 2005 (UAV-GC 2005). Artikel 6 MBO en hoofdstuk 5 UAV-GC regelen gezamenlijk de verantwoordelijkheden en risico's met betrekking tot toestemmingen.

Op dit moment buigt een door de CROW ingestelde preadviescommissie zich over de herziening van het modelcontract. Het doel van deze bijdrage is de opmerkingen en suggesties die vanuit de praktijk ten aanzien van de regeling van toestemmingen naar voren

---

1 Nederlands Instituut voor Ruimtelijke Ordening en Volkshuisvesting. Het NIROV is inmiddels opgegaan in de onafhankelijke kennis- en netwerkorganisatie Platform31.

2 De eigenaam CROW is oorspronkelijk een afkorting van Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de Grond-, Water- en Wegenbouw en de Verkeerstechniek.



zijn gebracht te analyseren en na te gaan of en hoe zij in een eventuele herziening zouden kunnen worden verdisconteerd.<sup>3</sup> Het neutrale containerbegrip ‘toestemmingen’ zal ik hierna blijven hanteren.<sup>4</sup> Ik doe dat om te voorkomen dat ik telkens de in de MBO en UAV-GC gebruikte opsomming ‘vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen’ moet gebruiken. Die opsomming zou vanuit bestuursrechtelijk perspectief ook overigens vragen kunnen oproepen.<sup>5</sup> In het kader van de herziening zou zij daarom kunnen worden heroverwogen.<sup>6</sup> Wanneer ik hierna spreek van ‘toestemmingen’ heb ik zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke toestemmingen op het oog, tenzij anders is aangegeven. Bepaalde begrippen zal ik met een hoofdletter schrijven, daar waar dat in het modelcontract ook gebeurt.

## 2 Toestemmingen: verdeling van verantwoordelijkheid

### 2.1 Systematiek op hoofdlijnen

Het modelcontract maakt een onderscheid tussen verschillende categorieën toestemmingen.<sup>7</sup> Opdrachtgever en Opdrachtnemer dienen op grond van artikel 6 MBO de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van die toestemmingen onderling te verdelen.<sup>8</sup> Daarmee wordt bedoeld dat zij projectspecifieke afspraken moeten maken over welke toestemmingen door wie op welk moment moeten zijn verkregen. Partijen maken die afspraken in een bij de Vraagspecificatie te voegen annex.<sup>9</sup> Voorzover toestemmingen niet in die annex staan vermeld, behoort het verkrijgen daarvan tot de verantwoordelijkheid van de Opdrachtnemer.<sup>10</sup> In het geval dat een partij er niet (tijdig) in slaagt te bewerkstelligen dat een toestemming wordt verkregen, moet zij de nadelige gevolgen daarvan dragen. In beginsel althans, omdat § 9 en § 10 UAV-GC die nadelige gevolgen onder omstandigheden geheel of gedeeltelijk naar de wederpartij verleggen. Ik kom daar op terug.

---

3 Zie R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber, B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: IBR 2016, p. 49-58; E. van Dam, I. de Groot, D.C. Orobio de Castro, ‘De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?’, *TBR* 2016/4, p. 26-38 op p. 34-36. Zie hierover eerder ook C.E.C. Jansen: ‘Doorbreking van patstellingen bij de toe- en verdeling van verantwoordelijkheden en risico’s met betrekking tot het verkrijgen van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen onder de UAVgc 2005’, *TBR* 2012/102, p. 577-585.

4 Vergelijk Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 49, die echter kiezen voor het containerbegrip ‘vergunningen’.

5 ‘Beschikking’ in de zin van artikel 1:3 lid 2 Awb is immers eveneens een containerbegrip dat wordt gebruikt voor de aanduiding van een bepaald type besluit in abstracto, waarvan de ‘vergunning’ en de ‘ontheffing’ concrete voorbeelden zijn.

6 Dat is in 2012 ook gebeurd bij de herziening van de Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989 (UAV 1989). Zie *Stcrt.* 2012/1567, p. 25: ‘De begrippen ‘vergunningen, ontheffingen of dergelijke beschikkingen’ zijn vervangen door ‘publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen’.

7 Toelichting art. 6 MBO, p. 22.

8 Toelichting art. 6 MBO, p. 22.

9 Zie art. 6 lid 1 en lid 2 MBO en § 9 lid 1 UAV-GC.

10 Zie art. 6 lid 3 MBO, § 9 lid 2 en § 10 lid 1 en lid 2 UAV-GC.

## 2.2 Flexibiliteit en professioneel opdrachtgeverschap

Qua systematiek stuit de regeling in het modelcontract niet op principiële bezwaren. Waar men eventueel bij kanilstaan, is dat die regeling zelf niet expliciet bepaalt of de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van een specifieke toestemming hetzij bij de Opdrachtgever, hetzij bij de Opdrachtnemer berust. Partijen moeten daarover zoals gezegd zelf afspraken maken. Het modelcontract regelt evenmin wat de normatieve uitgangspunten zijn waarbinnen die afspraken moeten kaderen: partijen beschikken wat dat betreft over een ruime mate van flexibiliteit.

Deze flexibiliteit vergroot enerzijds de praktische toepasbaarheid van het modelcontract, maar biedt anderzijds ruimte voor een onwenselijke praktijk waarbij Opdrachtgevers niet of nauwelijks toestemmingen in de in artikel 6 MBO genoemde annex opnemen.<sup>11</sup> Zoals hiervoor bleek, komt de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van de in die annex ontbrekende toestemmingen daarmee in beginsel bij de Opdrachtnemer te liggen. Dat kan problematisch zijn, in die zin dat hij niet altijd de beste partij zal zijn om het verkrijgen van de betreffende toestemmingen te bewerkstelligen. Het is om die reden dat de toelichting enige normatieve richting geeft aan de inhoud van de te maken afspraken.<sup>12</sup> De toelichting beveelt partijen in dit verband aan - in het bijzonder de Opdrachtgever - om voor wat betreft de belangrijke categorie van toestemmingen die betrekking hebben op de opzet en het gebruik van het Werk<sup>13</sup> aan te sluiten bij de projectspecifieke wijze waarop partijen de aard en omvang van de Ontwerpwerkzaamheden van de Opdrachtnemer in artikel 5 MBO hebben geregeld. De verantwoordelijkheid zal in beginsel bij die partij moeten liggen die bij de uitwerking van het programma van eisen tot een uitvoeringsontwerp een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op de verwezenlijking van de kans op het verkrijgen van de hiervoor bedoelde toestemmingen.

Een Opdrachtgever wijkt af van de bovenstaande uitgangspunten wanneer hij enerzijds in artikel 5 lid 2 MBO de ontwerp vrijheid van de Opdrachtnemer aanzienlijk beperkt - omdat hij het ontwerp van het Werk in belangrijke mate zelf of door een derde wenst te (doen) vervaardigen - en anderzijds in de annex niet of nauwelijks toestemmingen opneemt die nodig zijn voor de opzet of het gebruik van het Werk. De toelichting op het modelcontract zou de Opdrachtgever nog nadrukkelijker er op kunnen wijzen dat een dergelijke handelwijze niet getuigt van professioneel opdrachtgeverschap. Wat de Opdrachtgever zich moet realiseren, is dat de als gevolg hiervan naar de Opdrachtnemer verschoven verantwoordelijkheid een inspanningskarakter draagt.<sup>14</sup> Dat betekent dat de kans bestaat dat de nadelige gevolgen van het niet (tijdig) verkrijgen van zo'n toestemming in tweede instantie alsnog door de Opdrachtgever zelf moeten worden gedragen. Het wordt dan voor de Opdrachtgever veel lastiger en ook veel nadeliger om die gevolgen nog het hoofd te bieden, aangezien de Overeenkomst inmiddels volop in uitvoering zal zijn. De Opdrachtgever doet er daarom verstandiger aan te proberen die

11 Over de aard en omvang van deze vermeende praktijk bestaan overigens geen empirische data.

12 Toelichting art. 6 MBO, p. 22-23.

13 Te denken valt aan zogenoemde deelvergunningen op basis van de Wabo, zoals een omgevingsvergunning voor het aanleggen of het bouwen van een Werk, maar bijvoorbeeld ook aan een omgevingsvergunning brandveilig gebruik.

14 Zie § 10 lid 1 *jo.* lid 4 en de Toelichting UAV-GC 2005, p. 47. Zie hierna ook par. 3.

gevolgen in een eerdere fase te voorkomen en/of te beheersen, door zelf van meet af aan verantwoordelijkheid te nemen voor het verkrijgen van de bedoelde toestemmingen.

### 3 De inspanningsverbintenis van de Opdrachtnemer geproblematiseerd

#### 3.1 Op welk tijdstip geldt de toestemming als ‘verkregen’?

Hiervoor werd reeds opgemerkt dat, voorzover een toestemming nodig is voor de opzet en het gebruik van het Werk en die toestemming niet is vermeld in de bij de Vraagspecificatie gevoegde annex, de Opdrachtnemer een inspanningsverplichting heeft om te bewerkstelligen dat die toestemming tijdig wordt verkregen. De vraag is op welk moment de Opdrachtnemer aan deze verplichting heeft voldaan. Die vraag spitst zich vooral toe op *publiekrechtelijke* toestemmingen. Daarvan bestaat immers het risico dat zij - zoals de UAV-GC dat formuleert<sup>15</sup> - worden vernietigd, ingetrokken, geschorst of van strengere voorwaarden worden voorzien als gevolg van een tegen de verleende toestemming aangetekend bezwaar en/of beroep.<sup>16</sup>

Het enkele feit dat tegen een verleende toestemming de mogelijkheid van bezwaar en beroep openstaat, betekent niet dat de Opdrachtnemer eerst dan ontslagen is van zijn inspanningsverplichting wanneer de toestemming onherroepelijk is, in die zin dat deze in rechte niet meer kan worden aangetast. De regeling moet aldus worden begrepen dat de Opdrachtnemer *in beginsel* aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan zodra de toestemming eenmaal is verleend. Voor deze lezing pleit allereerst dat § 10 lid 4 UAV-GC alleen de gevallen regelt waarin sprake is van tekortschieten van de Opdrachtnemer in de nakoming van zijn inspanningsverplichting, indien de toestemming op de overeengekomen datum nog *niet* is verleend. Een andere lezing zou de regeling van § 10 lid 9 ook overigens zinledig maken. Daarin is immers - kort gezegd - bepaald dat de in de leden 4 tot en met 8 van § 10 geregelde rechtsgevolgen, die intreden wanneer de toestemming op de overeengekomen datum nog *niet* is verleend, van overeenkomstige toepassing zijn in het geval dat die toestemming *wel* tijdig is verleend maar die toestemming vervolgens wordt vernietigd, ingetrokken, geschorst of van strengere voorwaarden wordt voorzien.

Toepassing van § 10 lid 9 zou onder omstandigheden overigens kunnen resulteren in het maken van een uitzondering op het beginsel dat de Opdrachtnemer aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan zodra de toestemming eenmaal is verleend. Dat is mijns inziens het geval wanneer met de in die bepaling verlangde ‘overeenkomstige toepassing’ van § 10 lid 4 sub (a) wordt vastgesteld dat de vernietiging, intrekking, schorsing of het van strengere voorwaarden voorzien het gevolg is van het niet voldoen van de Ontwerpwerkzaamheden aan de voor het Werk relevante bouwtechnische- en milieutechnische overheidsvoorschriften en dit aan de Opdrachtnemer kan worden toegerekend.

---

15 Zie § 9 lid 9 en § 10 lid 9 UAV-GC.

16 Wanneer ik in par. 3 het begrip ‘toestemmingen’ gebruik, doel ik dan ook vooral op *publiekrechtelijke* toestemmingen.

### 3.2 Een alternatieve regeling: toestemming moet 'bruikbaar' zijn?

Van Dam, De Groot en Orobio de Castro hebben bepleit om in de UAV-GC te regelen dat de Opdrachtnemer pas met de Uitvoeringswerkzaamheden mag (of behoeft te) starten wanneer de daarvoor benodigde toestemmingen - en ook hier gaat het dan vooral om toestemmingen van *publiekrechtelijke* aard - niet alleen zijn *verleend* maar daarenboven ook *bruikbaar* zijn.<sup>17</sup> Daarvan is volgens de auteurs sprake wanneer de toestemming weliswaar nog niet onherroepelijk is maar de kans gering is dat deze op een later moment nog in rechte zal worden aangetast, bijvoorbeeld omdat een schorsingsverzoek inmiddels is afgewezen.<sup>18</sup>

Vooropgesteld kan worden dat wanneer tegen een in beginsel verleende toestemming bezwaar wordt gemaakt en de Opdrachtgever het in dat geval niet wenselijk acht dat de Opdrachtnemer met de Werkzaamheden start, de Opdrachtgever gebruik kan maken van zijn bevoegdheid die Werkzaamheden te schorsen in afwachting van de uitkomst van de bezwaar- of beroepsprocedure.<sup>19</sup> In zoverre bevat de UAV-GC derhalve een regeling. Dit laat echter onverlet dat, voor zover de Opdrachtgever *geen* gebruik maakt van zijn schorsingsbevoegdheid, de Opdrachtnemer zelf een inschatting moet maken van de rechtsgevolgen die op grond van § 10 leden 4 tot en met 8 zullen intreden wanneer het bezwaar of beroep tegen een verleende toestemming onverhoopt wordt gehonoreerd. Het is vervolgens aan hem om het resultaat van die inschatting te betrekken bij zijn beslissing om de Werkzaamheden al dan niet te starten. Wanneer ook de preadviescommissie die zich met de herziening van het modelcontract bezighoudt deze consequentie problematisch acht, zou een oplossing zoals door Van Dam, De Groot en Orobio de Castro bepleit kunnen worden overwogen.

### 3.3 Verleende toestemming blijft in stand, maar toch is een Wijziging nodig

Van Dam, De Groot en Orobio de Castro hebben er verder nog op gewezen dat § 10 lid 9 UAV-GC geen regeling bevat voor het geval dat het tegen de verleende toestemming ingestelde bezwaar of beroep - uiteindelijk - niet leidt tot een vernietiging, intrekking of schorsing van die toestemming, maar de bezwaar- of beroepsprocedure wel het inzicht heeft opgeleverd dat een Wijziging nodig is.<sup>20</sup>

Het is de vraag of dit geval nog aanvullende regeling in de UAV-GC behoeft en of dat dan in § 10 zou moeten gebeuren. Vooropgesteld kan worden dat wanneer *geen* vernietiging, intrekking of schorsing van de in beginsel verleende toestemming plaatsvindt, die toestemming daarmee definitief wordt.<sup>21</sup> Onduidelijk is dan, waarom volgens de auteurs toch een Wijziging noodzakelijk zou kunnen zijn 'als gevolg van bezwaar en beroep'. Op zich is natuurlijk denkbaar dat de Opdrachtgever en/of de Opdrachtnemer tijdens

17 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 35.

18 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 34.

19 Zie § 16 lid 1.

20 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 35. Ook hier gaat het dus vooral om *publiekrechtelijke* toestemmingen.

21 Zie par. 3.1.

de bezwaar- of beroepsprocedure tot het voortschrijdend inzicht komen dat - bijvoorbeeld - de Vraagspecificatie, Documenten of Werkzaamheden een Wijziging behoeven. Maar in het geschetste geval wordt die Wijziging dan toch niet geïndiceerd door een *succesvolle* bezwaar- of beroepsprocedure? Anders gezegd: de beoogde Wijziging is niet noodzakelijk om de verleende toestemming te redden van een dreigende vernietiging, intrekking of schorsing. Wanneer partijen dan desalniettemin willen overgaan tot een Wijziging zoals hiervoor bedoeld, staat hen dat binnen de kaders van de Overeenkomst natuurlijk vrij. Daarvoor kunnen zij dan echter gebruik maken van de bepalingen van § 14 en § 15.

### 3.4 Verleende toestemming wordt van strengere voorwaarden voorzien

Een andere bepaling die tot vragen heeft geleid is § 9 lid 9 en - in het verlengde daarvan - de eerdergenoemde § 10 lid 9 UAV-GC. Daarin worden de rechtsgevolgen die intreden in het geval dat een toestemming op de daarvoor overeengekomen datum nog *niet* is verleend, van overeenkomstige toepassing verklaard op - onder andere - het geval dat die toestemming *wel* tijdig is verleend maar alsnog van strengere voorwaarden wordt voorzien. Bleeker, Herber en Van der Zijpp hebben in dit verband opgemerkt:

‘Daarbij komt de vraag wat is bedoeld met de comparatief ‘strenger’: strenger dan de eerder vastgestelde voorwaarden of strenger dan de in de overeenkomst opgenomen eisen? Wanneer men uitgaat van de eerste uitleg ontstaat de merkwaardige situatie dat *ab initio* vastgestelde ‘strengere’ vergunningvoorwaarden voor risico van de aannemer zijn, en daarna toegevoegde ‘strengere’ voorwaarden voor risico van de opdrachtgever. Beter is het aan te sluiten bij het uitgangspunt van par. 11 lid 3 UAV-GC, dat de gevolgen van beschikkingen die na de datum van de aanbidding van kracht worden voor risico van de opdrachtgever zijn, tenzij die gevolgen voorzienbaar waren.’<sup>22</sup>

Vooropgesteld moet worden dat § 9 lid 9 en § 10 lid 9 alleen betrekking hebben op het geval dat een toestemming - onder voorwaarden - *is verleend* en die toestemming *in een later stadium*<sup>23</sup> - ‘alsnog’ - van strengere voorwaarden wordt voorzien dan de *oorspronkelijke* voorwaarden waaronder zij werd verleend. Dat *laatste* staat weliswaar niet expliciet in de toelichting maar lijkt desalniettemin toch de bedoeling van de opstellers te zijn geweest, gegeven de aard van de overige situaties die § 9 lid 9 en § 10 lid 9 noemen. Voor al die situaties geldt immers dat de toestemming in beginsel tijdig is verleend en dat die toestemming - met inbegrip van de daarbij behorende (oorspronkelijke) voorwaarden - de Opdrachtnemer op het moment van verlenen daarvan niet voor een verrassing stelt. Die verrassing ontstaat pas wanneer de bruikbaarheid van de verleende toestemming op losse schroeven komt te staan: zij wordt vernietigd, ingetrokken, geschorst of: van strengere voorwaarden voorzien. Voor het hier bedoelde geval is het dan niet nodig om wat de regeling van de rechtsgevolgen betreft aansluiting te zoeken bij de regeling van § 11 lid 3, nu § 9 lid 9 en § 10 lid 9 voor die rechtsgevolgen immers terugverwijzen naar

---

22 Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 53. De problematiek spitst zich opnieuw toe op toestemmingen met een *publiekrechtelijk* karakter.

23 Zie ook Toelichting UAV-GC, § 9 lid 9 en § 10 lid 9, p. 46 en p. 49: ‘in latere instantie’.

de overeenkomstige toepassing van de leden 3 tot en met 8 respectievelijk 4 tot en met 8 van die paragrafen.<sup>24</sup>

Het voorgaande betekent verder dat § 9 lid 9 en § 10 lid 9 *geen* betrekking hebben op het geval waarbij de verlening van de toestemming *van meet af aan* plaatsvindt onder strengere voorwaarden dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden. Het is ook overigens maar de vraag of de UAV-GC voor dat geval in een specifieke regeling voorzien.<sup>25</sup> Te overwegen valt daarom het modelcontract op dit punt te verduidelijken en zo nodig aan te vullen. Het lijkt dan op het eerste gezicht voor de hand te liggen om wat de inhoud van die regeling betreft aan te sluiten bij het uitgangspunt van § 11 lid 3.<sup>26</sup> Of die regeling daarenboven ook een plaats in die paragraaf moet krijgen, is echter de vraag. § 11 lid 3 regelt immers enkel het recht van de Opdrachtnemer op kostenvergoeding en termijnsverlenging, met inachtneming van het bepaalde in § 44 lid 1 sub (a), in het geval dat hij wordt geconfronteerd met wettelijke voorschriften en beschikkingen van overheidswege die na de dag waarop hij zijn Aanbieding heeft gedaan in werking zijn getreden en redelijkerwijs moet worden aangenomen dat hij de gevolgen van de naleving van die voorschriften en beschikkingen op die dag niet reeds had kunnen voorzien. Toepassing van deze bepaling vooronderstelt dat de Opdrachtgever geen problemen heeft met de impact die de onverwachte wettelijke voorschriften en beschikkingen op de uitvoering van de Overeenkomst hebben. Aangenomen mag echter worden dat wanneer *gelijktijdig* met het verlenen van een bepaalde toestemming voorwaarden aan die toestemming worden verbonden die strenger zijn dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden, de Opdrachtgever de behoefte zal hebben om de uitvoering van de Overeenkomst te kunnen heroverwegen. Daarvoor bieden § 9 en § 10 een alomvattend kader. In zoverre valt er dan ook iets voor te zeggen om de regeling van het hier bedoelde geval een plaats te geven in die bepalingen.<sup>27</sup> Van Dam, De Groot en Orobio de Castro hebben gesuggereerd dat dan zou

24 Bleeker, Herber en Van der Zijpp merken op p. 58 van hun boek nog op: 'Ten onrechte verwijst lid 9 [van § 10, C/] evenwel naar de leden 4 tot en met 8, waardoor gesuggereerd wordt dat sprake kan zijn van een tekortkoming van de Opdrachtnemer (lid 4). Bedoeld is kennelijk te verwijzen naar de leden 6 tot en met 8.' De verwijzing naar lid 4 (en lid 5) is - anders dan de auteurs menen - niet ten onrechte. Zoals hierboven in par. 3.1 *in fine* al werd opgemerkt, valt immers niet uit te sluiten dat de vernietiging, intrekking, schorsing of het van strengere voorwaarden voorzien van een (tijdig) verleende toestemming het gevolg is van het niet voldoen van de Ontwerpwerkzaamheden aan de voor het Werk relevante bouwtechnische- en milieutechnische overheidsvoorschriften en dit aan de Opdrachtnemer kan worden toegerekend.

25 Daarop wijzen ook Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 34, die spreken van 'aanvullende eisen'. Zie ook op p. 35 van hun artikel. In zoverre valt de opmerking van Bleeker, Herber en Van der Zijpp - zie hun hierboven in de hoofdttekst weergegeven citaat - dat op grond van § 9 lid 9 de '*ab initio* vastgestelde 'strengere' vergunningvoorwaarden voor risico van de aannemer zijn', dan ook niet goed te plaatsen.

26 Zoals ook Bleeker, Herber en Van der Zijpp dat hebben gedaan voor het eerste in de onderhavige paragraaf besproken geval.

27 Dat laat onverlet dat ook wanneer men het hier besproken geval zou willen regelen in § 11 UAV-GC, de Opdrachtgever de uitvoering van de Overeenkomst zal kunnen heroverwegen en gebruik zal kunnen maken van zijn bevoegdheid de Werkzaamheden te schorsen (§ 16 lid 1), een Wijziging op te dragen (§ 14 lid 1) of de Overeenkomst op te zeggen (§ 16 lid 8). Het verschil is vooral praktisch van aard: in § 9 en § 10 zijn alle eventualiteiten en de daaraan verbonden rechtsgevolgen in kaart gebracht

kunnen worden volstaan met het schrappen van het woord ‘alsnog’ in § 10 lid 9.<sup>28</sup> Het zou dan overigens consistent zijn dat ook te doen in § 9 lid 9. Het is echter de vraag of daarmee wel voldoende duidelijk wordt dat *beide* hierboven uitgewerkte gevallen onder het toepassingsgebied van die bepalingen vallen. Een alternatief zou daarom kunnen zijn om beide gevallen maar expliciet te benoemen in § 9 lid 9 en § 10 lid 9.

Een aandachtspunt dat dan nog resteert, betreft het volgende. De gevallen waarin een tijdig verleende toestemming in een later stadium wordt vernietigd, ingetrokken of geschorst, verschilt in een bepaald opzicht van het geval waarin aan die toestemming voorwaarden worden verbonden - hetzij gelijktijdig met het verlenen van die toestemming, hetzij in een later stadium - die strenger zijn dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden. In de eerstgenoemde gevallen zal de Opdrachtnemer de Werkzaamheden niet kunnen voortzetten omdat een ‘bruikbare’ toestemming immers ontbreekt.<sup>29</sup> Een ‘open einde’-situatie zal vervolgens niet kunnen ontstaan, aangezien ófwel de Opdrachtgever ófwel de Opdrachtnemer - geconfronteerd met de ontstane situatie - op basis van § 9 lid 9 of § 10 lid 9 de overeenkomstige toepassing zal invoeren van een of meer van de leden 3 tot en met 8 respectievelijk leden 4 tot en met 8 van die bepalingen. In het geval echter dat aan de verleende toestemming op enig moment voorwaarden worden verbonden waarmee de Opdrachtnemer geen rekening behoefde te houden, zal hij de Werkzaamheden desalniettemin kunnen voortzetten. De kans bestaat dan dat hij dat laatste ook daadwerkelijk zal doen, zonder de Opdrachtgever eerst in de gelegenheid te stellen de uitvoering van de Overeenkomst te heroverwegen. In het verlengde daarvan zal de Opdrachtnemer een claim voor kostenvergoeding en/of termijnsverlenging op grond van § 44 lid 1 sub (a) willen indienen om de gevolgen van de onverwachte voorwaarden op te kunnen vangen. Het gevaar is dan dat partijen vervolgens in een ‘open einde’-situatie verzeild raken, in die zin dat tussen hen een debat ontstaat over de vraag of de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden met de voorwaarden. Dat alles maakt dat het verstandig lijkt in § 9 en § 10 een voorziening te treffen die partijen als het ware dwingt om een pas op de plaats te maken - net zoals dat het geval is wanneer een verleende toestemming wordt vernietigd, ingetrokken of geschorst - zodat partijen daadwerkelijk het spoor zullen volgen van de overeenkomstige toepassing van § 9 leden 3 tot en met 8 dan wel § 10 leden 4 tot en met 8.

### **3.5 Toestemming wordt niet verleend: vergoeding na beëindiging Overeenkomst**

De Opdrachtnemer schiet enkel en alleen te kort in de nakoming van zijn inspanningsverplichting van § 10 lid 1 UAV-GC indien het niet of niet tijdig verlenen van een toestemming het gevolg is van een van de omstandigheden genoemd in lid 4 van die bepaling. Wanneer het niet (tijdig) verlenen niet op zo’n omstandigheid kan worden teruggevoerd, is de Opdrachtgever aan zet om uit de ontstane impasse te geraken. Een

---

voor de in die bepalingen geregelde gevallen. § 11 doet dat niet voor de in die bepaling geregelde gevallen: daarvoor moet men elders in de UAV-GC te rade gaan.

28 Van Dam, De Groot en Orobio de Castro 2016, p. 35.

29 Zie par. 3.2.



van de mogelijkheden die hij in dat geval heeft, is de Overeenkomst op te zeggen.<sup>30</sup> Doet de Opdrachtgever echter niets, dan is de Opdrachtnemer aan zet en kan hij - binnen de kaders van het bepaalde in § 10 lid 7 - de Overeenkomst ontbinden. Zowel de opzegging door de Opdrachtgever als de ontbinding door de Opdrachtnemer geven de laatste aanspraak op een financiële vergoeding. Voor de berekening van de omvang daarvan verwijst § 10 lid 8 naar het bepaalde in § 16 lid 10 sub (a) en (c).<sup>31</sup> De Opdrachtnemer kan - bovenop die vergoeding - ook nog aanspraak maken op een *schadevergoeding* in het geval dat de opzegging of ontbinding is terug te voeren op een tekortkoming van de Opdrachtgever.<sup>32</sup> Die schadevergoeding bedraagt dan 5% van het resterende deel van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs, dat de Opdrachtgever verschuldigd zou zijn geweest bij volledige uitvoering van de Werkzaamheden.

In de literatuur is gesuggereerd dat deze laatste regeling inconsistent lijkt met de regeling van het spiegelbeeldige geval in § 9 lid 8. Het gaat dan om het geval waarin de Opdrachtgever de Overeenkomst ontbindt omdat hij er - ten gevolge van een tekortkoming van de Opdrachtnemer - niet in is geslaagd te bewerkstelligen dat een bepaalde toestemming wordt verleend. In dat geval heeft de Opdrachtgever aanspraak op een schadevergoeding van ten hoogste 5% van de in de MBO vastgelegde prijs. Bleeker, Herber en Van der Zijpp merken hierover op:

‘Ons is niet duidelijk waarom de opdrachtgever, als hij toerekenbaar tekortschiet, 5% over de *resterende* aanneemsom als schadevergoeding dient te betalen, maar de aannemer bij toerekenbaar tekortschieten maximaal 5% over de *gehele* aanneemsom als schadevergoeding dient te betalen. De toelichting geeft geen verklaring voor dit verschil’.<sup>33</sup> [Mijn cursiveringen, C/].

Het verschil kan als volgt worden verklaard. Vooropgesteld dient te worden dat zowel § 9 als § 10 - onder andere - twee hierna nog te bespreken gevallen op consistente wijze regelen. De regeling van deze gevallen is - op goede gronden overigens - echter verschillend. De toelichting legt dat ook uit, maar doet dat onvoldoende helder. Ik werk een en ander hierna uit.

In de eerste plaats kan het geval worden onderscheiden waarbij ófwel een door de Opdrachtgever op grond van § 9 lid 1 ófwel een door de Opdrachtnemer op grond van § 10 lid 1 te verkrijgen toestemming niet (tijdig) wordt verleend, zonder dat dit verband houdt met een tekortkoming van de *Opdrachtnemer*. In dat geval ontstaat een patstelling die de Opdrachtgever zowel onder § 9 als § 10 onder andere kan doorbreken door de Overeenkomst op te zeggen. Doet hij dat niet, dan kan de Opdrachtnemer de Overeenkomst ontbinden. In dit ‘neutrale’ geval heeft de Opdrachtnemer zoals gezegd in ieder

30 Zie § 10 lid 6 sub (b) *jo.* § 16 lid 8.

31 De Opdrachtnemer kan dan aanspraak maken op vergoeding van de in de MBO vastgelegde prijs, berekend naar de stand van de Werkzaamheden op het moment van de opzegging of de ontbinding en op vergoeding van alle gemaakte en nog te maken kosten die voortvloeien uit verplichtingen die hij op het tijdstip van de opzegging of de ontbinding reeds is aangegaan met het uitvoeren van de Overeenkomst.

32 Zie § 10 lid 8, tweede zin. Voor de berekening van de omvang van die schadevergoeding verwijst § 10 lid 8 naar het bepaalde in § 16 lid 10 sub (b).

33 Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 53.



geval aanspraak op de vergoeding genoemd in § 16 lid 10 sub (a) en (c).<sup>34</sup> Wanneer echter voor dit geval tevens komt vast te staan dat het niet verkrijgen van de toestemming verband houdt met een toerekenbare tekortkoming van de Opdrachtgever in de nakoming van enige verbintenis, kan de Opdrachtnemer - opnieuw: zowel onder § 9 als § 10 - daarenboven ook nog aanspraak maken op de in § 16 lid 10 sub (b) genoemde schadevergoeding. Waarom die schadevergoeding zich in dat geval beperkt tot 5% van dat deel van de prijs dat correspondeert met het nog niet uitgevoerde deel van het Werk, wordt uitgelegd in de toelichting op § 9 lid 4:

‘In de derde plaats omvat de krachtens de wet toe te kennen schadevergoeding de door de Opdrachtnemer gederfde winst (artikel 6:96 BW), die in de regel zal bestaan uit winst die wordt gederfd ter zake *dat gedeelte van het Werk dat als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van de Opdrachtgever niet kan worden uitgevoerd*. Omdat hier in feite een parallel kan worden getrokken met het in § 16 lid 8 geregelde geval waarin de Opdrachtgever de Overeenkomst opzegt, wordt voor wat betreft het bepalen van de omvang van die winstvergoeding in lid 4 aangesloten bij de regeling van § 16 lid 10 sub (b). Zie hierna overigens de toelichting op lid 7.<sup>35</sup> [Mijn cursivering, C/]

Het voorgaande betekent dus dat de Opdrachtnemer de winst over dat gedeelte van het Werk dat hij *wel* heeft kunnen uitvoeren, reeds vergoed krijgt via de band van § 16 lid 10 sub (a). Dat geldt overigens ook voor de reeds gemaakte algemene kosten die met dat gedeelte van het Werk verband houden.<sup>36</sup>

Dat brengt mij bij het tweede te onderscheiden geval. Het uitgangspunt is opnieuw dat ófwel een door de Opdrachtgever op grond van § 9 lid 1 ófwel een door de Opdrachtnemer op grond van § 10 lid 1 te verkrijgen toestemming niet (tijdig) wordt verleend. Anders dan in het eerste geval, staat het niet (tijdig) verlenen van de toestemming nu *wel* in verband met een tekortkoming van de *Opdrachtnemer*. Wanneer dan tevens komt vast te staan dat die tekortkoming aan hem kan worden toegerekend, is het nu de Opdrachtgever die aanspraak kan maken op schadevergoeding. Wanneer het hier besproken geval zich voordoet onder § 9, is dat zoals gezegd geregeld in lid 8 van die bepaling. Maar ook § 10 regelt dit geval - en consistent met § 9 lid 8 - in lid 5. De toelichting op § 9 lid 8 legt inderdaad niet uit waarom de schadevergoeding waarop de Opdrachtgever in dit tweede geval aanspraak kan maken van een andere orde is dan die waarop de Opdrachtnemer in het spiegelbeeldige eerste geval aanspraak kan maken. Maar de toelichting op § 10 lid 5 doet dat wel:

‘Deze schadevergoeding kan nooit meer bedragen dan 5% van de in artikel 2 lid 4 Model Basisovereenkomst vastgelegde prijs. Deze schadevergoeding is bedoeld om de Opdrachtgever te compenseren voor het feit dat het Werk niet wordt gerealiseerd. Deze bepaling stemt overeen met § 9 lid 7 waarin in feite dezelfde situatie wordt geregeld.<sup>37</sup>

---

34 De toelichting op § 9 lid 7 op p. 46 legt goed uit waarom de Opdrachtnemer in dit geval geen aanspraak kan maken op de vergoeding bedoeld in par. 16 lid 10 sub (b). De toelichting legt daar bovendien een koppeling met § 10 lid 8.

35 Toelichting UAV-GC 2005, p. 44.

36 Mijns inziens zien Bleeker, Herber en Van der Zijpp dat over het hoofd wanneer zij opmerken dat de regeling van § 16 lid 10 onvolledig is, zie Bleeker, Herber en Van der Zijpp 2016, p. 51-52 en p. 107.

37 De verwijzing naar lid 7 is natuurlijk niet correct. Dat moet zijn: lid 8, laatste volzin.

De ogenschijnlijke inconsistentie waar Bleeker, Herber en Van der Zijpp op wijzen, kan al met al dus worden verklaard vanuit het verschil in belang dat tussen de spiegelbeeldige gevallen bestaat. Het belang van de Opdrachtgever is dat hij wordt gecompenseerd voor het feit dat het Werk vanwege een tekortkoming van de Opdrachtnemer niet wordt gerealiseerd. Het belang van de Opdrachtnemer is dat hij wordt gecompenseerd voor de winstderving die hij lijdt in het geval dat een tekortkoming van de Opdrachtgever de realisatie van het Werk permanent verhindert.

## 4 Besluit

Zoals ik in de inleiding van deze bijdrage opmerkte, beraadt een door de CROW ingestelde preadviescommissie zich op dit moment over de herziening van de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005. In dat kader wordt ook hoofdstuk 5 UAV-GC onder de loep genomen. In de literatuur is een aantal kanttekeningen bij dat hoofdstuk geplaatst. Naar aanleiding daarvan heb ik de regeling in dat hoofdstuk onderzocht en kom ik tot de conclusie dat die kanttekeningen voor het merendeel kunnen worden ondervangen door het opnemen van aanvullingen en verduidelijkingen in de toelichting bij het modelcontract. De preadviescommissie zou zich daarnaast nog kunnen buigen over twee kwesties die hoofdzakelijk verband houden met toestemmingen die *publiekrechtelijk* van aard zijn. De eerste kwestie betreft het geval waarin het onzeker is wat de uitkomst zal zijn van een tegen een verleende toestemming ingesteld bezwaar of beroep, waardoor de Opdrachtnemer een risico loopt wanneer hij besluit de Werkzaamheden desalniettemin te starten.<sup>38</sup> De tweede kwestie betreft het geval waarin aan een toestemming voorwaarden worden verbonden - hetzij gelijktijdig met het verlenen van die toestemming, hetzij in een later stadium - die strenger zijn dan die waarmee de Opdrachtnemer bij het doen van zijn Aanbieding redelijkerwijze rekening had moeten houden.<sup>39</sup>

---

38 Zie par. 3.2.

39 Zie par. 3.4.



# Het omgevingsplan en energietransitie in de gebouwde omgeving

## Maatpak of confectie?

*Mr. J.J. (Jacco) Karens*

### 1 Inleiding

Het omgevingsplan zal als kerninstrument van de Omgevingswet pas na het emeritaat van Jan Struiksma zijn waarde moeten gaan bewijzen. Desalniettemin heeft Jan zich al geruime tijd bezig gehouden met dat onderwerp, niet in de minste plaats in relatie tot de integratie van gemeentelijke verordeningen in het omgevingsplan en de relatie tot het digitaal stelsel omgevingswet (DSO).<sup>1</sup>

Het omgevingsplan brengt ons een grote verandering in de reikwijdte en functionaliteit van ruimtelijke plannen. De grondslag op grond waarvan regels gesteld kunnen worden is ruimer dan die in de Wet ruimtelijke ordening, nu artikel 1.3. Ow een juridisch kader geeft voor maatschappelijke doelstellingen zoals duurzame ontwikkeling en het beschermen en verbeteren van het leefmilieu. Daarnaast worden activiteiten tevens met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties gereguleerd.<sup>2</sup> Gelet op het aantal wetten dat in de Omgevingswet wordt samengebracht gaat het omgevingsplan straks meer dan alleen ruimtelijke ordening bevatten, maar worden ook voorschriften omtrent milieu, natuur en andere onderwerpen opgenomen in het plan.

De integratie van wetgeving voor de fysieke leefomgeving valt samen met toenemende aandacht voor een aantal grote maatschappelijke opgaven, zoals energietransitie en klimaatadaptatie, die de komende jaren volgens de regering met voortvarendheid aangepakt moeten worden, en waar nodig ook een passend wetgevingskader voor geboden moet worden. Primair zijn deze geen onderdeel geweest van de overwegingen om te komen tot de stelselherziening - alhoewel er in de Memorie van Toelichting gesproken wordt over het feit dat de huidige regels zich onvoldoende op duurzame ontwikkeling richten - maar inmiddels is duidelijk dat met het vernieuwen van het omgevingsrecht nauwer aangesloten zal worden bij de uitvoeringsmaatregelen die nodig zijn om bijvoor-

---

1 Zie: 'Verordeningsbepalingen in het omgevingsplan', *TBR* 2017/21 en 'Digitaal Stelsel Omgevingswet', *WPNR* 2018/7179.

2 F.A.G. Groothuijs en R. Kegge, *Omgevingsplan: integraal en marginaal (Preadvies VBR)*, Den Haag: VBR 2017, par. 2.1.1.

beeld verduurzaming in het kader van de klimaatadaptatie en energietransitie verder vorm te geven. De Memorie van Toelichting gaat uitgebreid in op de maatschappelijke doelen van de Omgevingswet. De Omgevingswet is met het oog op duurzame ontwikkeling, gericht op het in onderlinge samenhang: (a) bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit en (b) doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke functies<sup>3</sup>.

Daarmee is een verandering beoogd met het bestemmingsplan. De regels in het bestemmingsplan kunnen, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij de Wro, ook gericht zijn op een duurzame ontwikkeling, mits deze regels gesteld worden in het kader van een goede ruimtelijke ordening en derhalve ruimtelijk relevant zijn.<sup>4</sup> Dat laatste is in veel gevallen een struikelblok voor verduurzaming van energiegebruik (in de gebouwde omgeving) of circulariteit, en om die reden wordt met de Crisis- en herstelwet (Chw) meer ruimte geboden om vooruitlopend op de Omgevingswet te experimenteren met duurzaamheid in ruimtelijke plannen.<sup>5</sup>

In deze bijdrage wordt een korte verkenning gegeven van de wijze waarop het omgevingsplan kan bijdragen aan verduurzaming van de gebouwde omgeving, in het bijzonder in het kader van de energietransitie. Allereerst wordt kort ingegaan op de energietransitie en de maatregelen uit het Klimaatakkoord en de rol die (decentrale) overheden daarbij krijgen (paragraaf 2 en paragraaf 3). In paragraaf 4 wordt ingegaan op het omgevingsplan in relatie tot de andere kerninstrumenten, in paragraaf 5 op de maatwerk mogelijkheden die het omgevingsplan biedt gelet op doelstellingen in de energietransitie. Besloten zal worden met enkele conclusies (paragraaf 6).

## 2 De (decentrale) overheidstaak en energietransitie

Energietransitie is een totaalaanpak van besparen en opwekken, van verduurzaming van de energievoorziening en het beperken van de energievraag<sup>6</sup>, ten einde te komen tot het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen. Energietransitie is echter geen simpele vervangingsopgave, maar een proces waarin ook diepgaande keuzes over gebruiksstructuren, marktordening en culturele opvattingen gemaakt moeten worden.<sup>7</sup> Tegelijkertijd zullen veel van deze keuzes impact hebben op de fysieke leefomgeving.

Het einddoel voor de uitstoot van broeikasgassen is de doelstelling opgenomen in het akkoord van Parijs in 2015, namelijk dat in 2050 de opwarming van de aarde tot ten minste 1,5 en maximaal 2,0 graden beperkt is. Inmiddels is de Klimaatwet door de Tweede Kamer aangenomen waarmee de (politieke) doelstelling geformuleerd wordt

---

3 J.R. van Angeren e.a., *Parlementaire geschiedenis Omgevingswet*, Den Haag: IBR 2016, p. 4.

4 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 22 en 23.

5 Zie J.J. Karens, A.G. Bregman, C.P. Hageman, 'De Transitiewet: doelmatige aanpassingen in de Crisis- en herstelwet', *TBR* 2018/185 en ook de (meest recente) *Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet, Voortgangsrapportage 2016/17*, p. 57 e.v.

6 *Position Paper Energietransitie gebouwde omgeving*, Zoetermeer: Bouwend Nederland 2017, p. 2.

7 A.M.J.R. van der Linden en S. Akerboom, 'Ruimtelijk beleid voor de energietransitie: centraal wat moet?

En studie naar het omgevingsrechtelijk overheidsinstrumentarium in de energietransitie', *TO* 2018/3.

tot het terugdringen van de broeikasgasemissies tot een niveau dat 95% lager is dan de emissies van 1990 in 2050.<sup>8</sup> Het Klimaatakkoord - dat op het moment van schrijven als voorlopig akkoord gepresenteerd is, en doorgerekend is door het Planbureau voor de Leefomgeving (Pbl) - zal nadere invulling moeten geven aan de daartoe te nemen maatregelen in de sectoren Industrie, Mobiliteit, Landbouw, Elektriciteit en gebouwde omgeving. Het bovenstaande brengt voor de Rijksoverheid een heldere doelstelling en een groot aantal concrete maatregelen met zich mee. Daarnaast heeft inmiddels een kwart van de 100 grootste gemeenten in coalitieakkoorden een doelstelling voor de energietransitie opgenomen.<sup>9</sup>

Terecht wordt aangegeven dat bij klimaatverandering en de bijbehorende energietransitie sprake is van een onvolledige marktwerking en van een *prisoner's dilemma* (we doen alleen iets als anderen dat ook doen)<sup>10</sup>. Dat vraagt om een overheid die het algemeen belang van het tegengaan van klimaatverandering behartigt en tegelijkertijd tot werkbare en rechtvaardige maatregelen komt, en daarbij tevens de internationale dimensie van deze beide factoren in ogenschouw neemt. Bij energietransitie speelt bijvoorbeeld de wisselwerking tussen markt en overheid een grote rol; de verduurzaming moet juist ook uit de markt volgen<sup>11</sup>. Het betreft een mengeling van regulatie, subsidies en gedrag sturende instrumenten<sup>12</sup>.

Over de exacte invulling van de rol van de overheid vanuit het publiekrecht zou een aparte bijdrage te schrijven zijn. Wanneer wij a priori uitgaan van de gestelde doelstelling uit de Klimaatwet en de bijbehorende ingrijpende maatregelen, zoals bijvoorbeeld voorgesteld in het Regeerakkoord Rutte III en het Klimaatakkoord, is een aantal (minimale) kerntaken te onderscheiden:

- Het stellen van een beleidsmatig kader (met langetermijnvisie);
- Het stellen van een juridisch kader met passende instrumenten om doelstellingen te behalen;
- Het bewaken van de samenhang tussen het beleid en de juridische instrumenten en het voorkomen van incongruentie bij gelijktijdige toepassing van instrumenten, alsmede het bewaken van de effectiviteit van beleid en instrumenten;
- Het bewaken van de financiële en maatschappelijke uitvoerbaarheid van plannen en maatregelen<sup>13</sup>.

8 Zie over het karakter van deze doelstelling ook Ch. W. Backes, 'De Klimaatwet: de meest ambitieuze of minimalistische ter wereld', *TBR* 2018/150.

9 <https://groenecourant.nl/windenergie/kwart-gemeenten-neemt-kortetermijndoelen-energietransitie-op-in-coalitieakkoord/>

10 Planbureau voor de Leefomgeving, *Verkenning omgevingsopgaven voor de nationale omgevingsvisie*, Den Haag: 2016, p. 21. Zie ook: L. Bovens e.a., *Essays Duurzame gedragspatronen*, Den Haag: Rli: 2013, p. 75.

11 B. Arentz, 'Transitie naar duurzaamheid: een uitdaging voor het recht', *M&R* 2017/106, par. 6.

12 L. Bovens e.a., *Essays Duurzame gedragspatronen*, Den Haag: Rli: 2013, p. 78.

13 Voor een deel biedt de Klimaatwet zelf al een aantal instrumenten die uitdrukking geven aan deze kerntaken, zoals bijvoorbeeld het Klimaatplan en controle via de Klimaat- en energieverkenning.

### 3 Klimaatakkoord en fysieke leefomgeving

Het Klimaatakkoord is qua maatregelen veel omvangrijker dan enkel de fysieke leefomgeving. Voor een groot deel vallen deze sectorale doelstellingen en maatregelen sowieso buiten het bestek van het omgevingsrecht, zoals de inspanningen voor CO<sub>2</sub>-reductie in mobiliteit en landbouw. Het Klimaatakkoord bevat, ook ten aanzien van de gebouwde omgeving, allerlei maatregelen die het gedrag van burgers en bedrijven beogen te beïnvloeden, maar die op zichzelf geen gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving. Bovendien zal een groot aantal maatregelen op Rijksniveau uitgedacht en uitgewerkt worden.

Decentrale overheden zullen in het kader van het Klimaatakkoord vooral te maken krijgen met concrete afspraken over de gebouwde omgeving en elektriciteit, waarbij energiebesparing, de opwekking van duurzame elektriciteit en de warmtetransitie belangrijke onderwerpen zijn.<sup>14</sup> De realisatie van de afspraken uit het Klimaatakkoord betekent een grote transitie van de fysieke leefomgeving zoals burgers en ondernemers die nu ervaren en beleven.<sup>15</sup> Dat geldt met name voor maatregelen die een fysieke component hebben, zoals de toepassing van zonne- en windenergie en vormen van alternatieve warmtevoorziening zoals warmtepompen, warmtenetten en geothermie.

In het Klimaatakkoord wordt de route naar verduurzaming in relatie tot de taak van decentrale overheden al weergegeven. 'Er wordt gekozen om wijk voor wijk aan de slag te gaan. Gemeenten spelen daarbij een cruciale rol. Samen met bewoners en gebouwingeigenaren zal in een zorgvuldig proces een afweging moeten worden gemaakt wat per wijk de beste oplossing is, als huizen niet langer met de traditionele cv-ketel worden verwarmd.<sup>16</sup> Deze zogenaamde wijkgerichte zal moeten volgen uit de Transitievisie warmte die gemeenten voor 2021 op moeten stellen, waarin aangegeven wordt welke wijk wanneer een alternatieve warmtevoorziening krijgt.

Naast de wijkgerichte aanpak is ook de Regionale Energie Strategie (RES) van belang. Gemeenten, provincies en waterschappen maken, in samenspraak met netbeheerders en andere partners en verenigd in een zogenaamde energieregio, een RES, in ieder geval voor elektriciteit en warmte. In die RES worden regionale afspraken gemaakt over het aandeel voor de landelijke opwekking van duurzame elektriciteit en wordt ten aanzien van warmtevoorziening het aanbod aan duurzame warmte in kaart gebracht. Daarnaast is de RES bedoeld om langjarige samenwerking tussen alle regionale partijen te organiseren en beoogt met de ruimtelijke inpassing met maatschappelijke betrokkenheid te organiseren.<sup>17</sup> Decentrale overheden zijn verantwoordelijk voor de tijdige borging van de maatregelen voortkomend uit de RES in het decentrale omgevingsinstrumentarium, en waar nodig ook in het bestaand ruimtelijk instrumentarium. Dat betekent bijvoorbeeld dat in omgevings- visies, verordeningen en plannen regionale afspraken over elektriciteit en warmtevoorziening ruimtelijk geborgd dienen te worden.

---

14 Staalkaart Omgevingsplan en energietransitie, p. 11. Zie ook: S. Akerboom, 'Nieuw instrumentarium in de energietransitie: Regionale Energie Strategie en Warmtevisie', *TBR* 2019/31.

15 *Ontwerp van het Klimaatakkoord*, p. 212, te raadplegen via <<https://www.klimaatakkoord.nl/actueel/nieuws/2018/12/21/ontwerp-klimaatakkoord>>.

16 *Ontwerp van het Klimaatakkoord*, p. 21

17 *Ontwerp van het Klimaatakkoord*, p. 214.

## 4 Het plan in relatie tot de kerninstrumenten van de Omgevingswet

Veel aspecten van het pad naar verduurzaming van onder meer de gebouwde omgeving zijn of worden op dit moment in beleidsdocumenten vervat; warmtevisies, energieplannen en uitvoeringsstrategieën. Het komen tot een uitvoeringsstrategie is immers op decentraal niveau van groot belang om inzicht te krijgen in de keuzes die gemaakt worden om de gestelde doelstelling te behalen. Het omgevingsplan is geen op zichzelf staand instrument waarmee gemeenten hun doelen rondom de energietransitie kunnen gaan verwezenlijken. Eerst zal bezien moeten worden hoe de gemeenten hun taken willen invullen en de energietransitie willen vormgeven. Vervolgens kan aan de hand daarvan beoordeeld worden welke instrumenten daarvoor geschikt zijn en hoe deze zullen doorwerken in het omgevingsplan.

Het eerste instrument van de zogenaamde beleidscyclus, het denkmodel voor het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving, is de omgevingsvisie. De Omgevingswet gaat net als de Wro uit van de scheiding van beleid en normstelling. Dat betekent dat in de omgevingsvisie het ruimtelijk beleid voor de langere termijn wordt vastgelegd, maar dat de visie geen rechtstreeks bindende normen voor burgers kan bevatten. Het aantal wettelijke verplichtingen voor de vorm en de inhoud van de omgevingsvisie zijn beperkt (art. 3.1. e.v. Ow). Er is dus niet voorgeschreven dat speciale onderwerpen zoals duurzame energievoorziening onderdeel moeten zijn van de omgevingsvisie, hoewel het gezien de ruimtelijke implicaties niet goed denkbaar is dat een gemeente daarover geen beleid in de omgevingsvisie zou opnemen of gezien artikel 3.2 Ow eigenlijk verplicht is om de ruimtelijke implicaties van duurzame energievoorziening mee te nemen in de omgevingsvisie. Artikel 3.3. Ow regelt de doorwerking van een aantal milieurechtelijke beginselen (vervat in artikel 191 VWEU), zoals het beginsel van preventief handelen en het voorzorgsbeginsel die ook in het kader van beleid voor de gemeentelijke energietransitie van belang zijn. Deze beginselen zijn richtsnoer voor bestuurlijk handelen, zowel in beleid als besluitvorming en kunnen de concretisering van CO<sub>2</sub>-reductie in de gebouwde omgeving verder brengen.<sup>18</sup>

De Omgevingswet introduceert het programma als instrument waarmee het beleid voor ontwikkeling, gebruik en behoud van de fysieke leefomgeving verder geoperationaliseerd wordt. Dat betekent dat de overheid ook daadwerkelijk aan de slag moet met maatregelen die leiden tot de gewenste kwaliteit van de leefomgeving. In lijn met het beleid ten aanzien van energietransitie in de gebouwde omgeving kan bijvoorbeeld een programma bepalen dat bij de uitvoering van bepaalde taken en bevoegdheden bepaalde voorwaarden in acht moeten worden genomen, of nadere voorschriften worden gesteld, bijvoorbeeld dat bij uitbreiding van bestaande bouw bij de vergunningaanvraag of melding bezien wordt hoe extra isolatiemaatregelen getroffen kunnen worden.<sup>19</sup> Het programma heeft in dat kader een gebiedsgerichte werking, maar kan tevens sectoraal van aard zijn<sup>20</sup>. Een programma kan er tevens op gericht zijn om bepaalde omgevings-

18 G.A. van der Veen, 'Omgevingsvisie en beginselen', *Gst.* 2018/98.

19 Aan de slag met de Omgevingswet, *Staalkaart Omgevingsplan Energietransitie*, p. 15.

20 S. van 't Foort en J. Kevelam, 'Het waarborgen van duurzaamheid in de Omgevingswet', *TO* 2015/1, p. 11.



waarden te behalen, bijvoorbeeld als gemeenten zelfstandig een omgevingswaarde hebben gesteld voor CO<sub>2</sub>-uitstoot. De ruimte om omgevingswaarden te stellen wordt beperkt door regeling op provinciaal en Rijksniveau. Daarnaast is een omgevingswaarde voor CO<sub>2</sub> praktisch lastiger vorm te geven dan bijvoorbeeld voor geur aangezien het werkingsgebied en de bronnen minder eenduidig vast te leggen zijn.

Het programma is voor de verduurzaming van de gebouwde omgeving mogelijk van groot belang. In het programma kunnen maatregelen worden opgenomen om doelen te bereiken, die grofweg onderscheiden kunnen worden in (a) maatregelen waarvoor publiekrechtelijke toestemming noodzakelijk is en (b) maatregelen waarvoor dat niet noodzakelijk is<sup>21</sup>. Tevens kan een meer samenhangend beeld gegeven worden van de rollen die de verschillende betrokkenen bij die verduurzaming spelen, zoals de rol van gemeente en netbeheerder en de wijze waarop burgers in het kader van bijvoorbeeld de wijkgerichte aanpak betrokken zijn bij de maatregelen. Het programma kan daarnaast inzicht geven in de governance van de aan te leggen alternatieve warmtevoorziening, bijvoorbeeld welke randvoorwaarden er gelden en hoe de selectieprocedure er uit zal zien om te komen tot aanleg en exploitatie ervan.<sup>22</sup> Het programma bevat dus potentieel meer maatregelen en onderwerpen dan alleen die van juridische aard zijn. Juist bij opgaven die een sterk integraal karakter hebben, zoals verduurzaming van de gebouwde omgeving, is dat een meerwaarde, omdat een samenhangend pakket meer inzicht kan geven in welke maatregelen er getroffen zullen worden, wie daarbij betrokken zijn en hoe deze gefinancierd worden.

Een andere dimensie is de sturing op andere bestuursniveaus, met name provinciale bevoegdheden in de energietransitie, die bijvoorbeeld uit de ruimtelijke vertaling van de Regionale Energie Strategie (RES) volgen. Vanuit de regionale afspraken over duurzame opwekking van energie of de aanleg van een warmtevoorziening kan immers ook de provincie in een omgevingsvisie of programma, en vervolgens ook in een omgevingsverordening bepalingen opnemen die bindende werking hebben voor gemeenten bij het opstellen van een omgevingsplan. Het kan bijvoorbeeld dat GS een instructieregel geven omtrent het aanwijzen van energiefuncties aan bepaalde locaties of dat bepaalde gebieden van de gemeente op alternatieve warmte-infrastructuur aangesloten moet worden. In al die gevallen moet overigens wel bepaald worden of er een provinciaal belang is (art. 2.3 lid 2 onder a Ow), hetgeen bijvoorbeeld in het kader van een RES gelegen kan zijn in het gemeentegrensoverschrijdende karakter van een efficiënte en samenhangende aanpak van verduurzaming. Instructieregels kunnen ook meer open formuleringen bevatten zodat zowel afwegingsruimte van de gemeente bij de exacte invulling ervan, als het doel van de instructieregel gewaarborgd worden<sup>23</sup>. Afspraken die in de RES gemaakt zijn moeten door gemeenten, waterschappen en provincies vertaald worden in ruimtelijke besluitvorming. Als een gemeente weigert om zich aan die afspraken te houden kan de energie-regio zelf door gebrek aan eigen bevoegdheden daar niets tegen doen. In dat

---

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3 (MvT), p. 118.

22 Aan de slag met de Omgevingswet, Staalkaart Omgevingsplan Energietransitie, p. 31.

23 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 35. Dit amendement van de leden De Vries en Veldman beoogt artikel 2.2. Ow aan te passen zodat uitdrukking wordt gegeven aan het principe van minst belastende interventie.

geval kan ook een reactieve aanwijzing van de provincie invloed hebben op de inhoud van het omgevingsplan.

## 5 Maatwerk en energietransitie

In de voorgaande paragraaf is duidelijk geworden dat voorafgaand aan het borgen van maatregelen in het kader van de energietransitie in het omgevingsplan het benutten van een aantal andere instrumenten vooraf gaat. Van daaruit zal bezien moeten worden hoe het beleid in maatregelen vertaald kan worden en welk karakter deze maatregelen hebben. Niet elke maatregel kan en moet ook vertaald worden in een regel of voorschrift. Het stellen van concrete regels omtrent verduurzaming dient in het licht van deregulering zelfs met enige terughoudendheid tegemoet te worden getreden.

In de Omgevingswet is geen expliciete verplichting opgenomen om energietransitie onderdeel te laten zijn van het ruimtelijk beleid en maatregelen daarvoor te borgen in het omgevingsplan. Gelet op het nog lopende wetgevingstraject is het overigens niet uitgesloten dat expliciete verplichtingen om de energietransitie te betrekken in ruimtelijke plannen alsnog worden toegevoegd gedurende het invoeringsspoor van de wet<sup>24</sup>. Daarbij komt dat de algemene regels voor milieubelastende activiteiten wel worden gesteld met het oog op het zuinig gebruik van energie en grondstoffen (art. 4.22 lid 1 sub c). Ook de in paragraaf 1 genoemde doelstelling van ‘duurzame ontwikkeling’ geeft een meer algemene, kaderstellende richting, maar van echt concrete verplichtingen voor besluiten van decentrale overheden kunnen we hier niet spreken.

Vooralsnog wordt het (ruimtelijk) belang van energietransitie niet boven andere ruimtelijke belangen zoals natuurbescherming, beperking van geluidhinder of versnelling van de woningbouw gesteld. Dat is verklaarbaar vanuit het feit dat in de Omgevingswet een samenhangende zorg voor de leefomgeving centraal staat. Die samenhang uit zich in de kerninstrumenten waarin alle onderdelen van de fysieke leefomgeving tegenover elkaar worden afgewogen. Het specifiek benutten van maatwerkmogelijkheden voor energietransitie in het omgevingsplan is dus vooralsnog een aangelegenheid van politieke ambitie.

Naast het feit dat gemeentelijk beleid zijn doorwerking vindt in het omgevingsplan is ook de ruimte die hogere regelgeving biedt voor normering in het omgevingsplan van groot belang voor duurzaamheid in het plan. Bekend mag worden verondersteld dat de Omgevingswet meer ruimte biedt voor (decentraal) maatwerk. In de wet zelf en bij AMvB worden regels voor de fysieke leefomgeving gesteld, maar gelet op het uitgangspunt ‘decentraal wat kan’ worden op een aantal onderdelen mogelijkheden geschapen om maatwerk te leveren in omgevingsplannen en omgevingsvergunningen. Dat is ook terug te zien in de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit (art. 2.3 lid 1 en 2 Ow). In het plan kan een koppeling gelegd worden tussen locatie, functie en de activiteiten die daarbij zijn toegestaan.

---

24 Zie bv. Ontwerp voor een Klimaatakkoord, p. 34

## 5.1 Omgevingsplan en maatwerk op gebouwniveau

Het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) bevat algemene regels over de veiligheid, bruikbaarheid en duurzaamheid van gebouwen. Deze AMvB is derhalve van groot belang voor welke regels ten aanzien van de duurzaamheid van nieuwe en bestaande gebouwen gesteld kunnen worden. Ten aanzien van nieuwbouw bepaalt artikel 4.149 Bbl dat een gebruiksfunctie een energieprestatie-coëfficiënt (EPC) heeft van ten hoogste de in de tabel bij artikel 4.148 Bbl aangegeven waarde, namelijk 0,4. Op grond van artikel 4.150 Bbl krijgen gemeenten de mogelijkheid om een maatwerkregel op te nemen in het omgevingsplan (art. 2.3 Bbl) waarmee gebieden of categorieën gebruiksfuncties aangewezen kunnen worden waarin de in artikel 4.149 Bbl genoemde EPC wordt aangescherpt. Dit geeft ruimte aan lokale ambities van gemeenten, en is in zoverre een grote wijziging ten opzichte van het systeem onder het Bouwbesluit 2012, dat de voorschriften omtrent duurzaamheid van gebouwen uitputtend regelt.

Artikel 4.151 Bbl bepaalt dat gebouwen bijna energieneutraal zijn, hetwelk implementatie is van de Richtlijn energieprestatie gebouwen<sup>25</sup>. In de overgangsrechtelijke bepalingen van het Bbl (artikel 4.157 lid 2) wordt bepaald dat dit enkel van toepassing is voor aanvragen omgevingsvergunning voor de bouwactiviteit ingediend vanaf 1 januari 2021. Bovenstaande duidt erop dat BENG het Bbl gaat inhalen, in die zin dat gemeenten reeds voor inwerkingtreding van de Omgevingswet al gehouden zijn alleen vergunningen te verlenen voor nieuwbouwwoningen die bijna- energieneutraal (BENG) zijn. Het is niet helemaal duidelijk of de mogelijkheid tot maatwerkregels ook daarvoor kan gaan gelden. BENG is namelijk al een strenge eis. Tegelijkertijd is BENG voor het aandeel hernieuwbare energievoorziening sterk afhankelijk van lokale factoren, die zodoende rechtvaardigen dat gemeenten zelfstandig keuzes mogen maken ten aanzien van energiezuinigheid in het omgevingsplan. Het woord 'bijna' energieneutraal in de Richtlijn Energieprestatie gebouwen impliceert ook een marge voor lidstaten (en decentrale overheden daarvan) om zelf keuzes te maken. De methodiek om BENG te berekenen is eind 2018 uitgebracht en het doorvoeren van de BENG-regels in het Bbl heeft echter nog niet plaatsgevonden en de exacte uitwerking moet dus nog worden afgewacht<sup>26</sup>.

Ten aanzien energieprestaties van bestaande bouwwerken zijn bepalingen opgenomen in artikel 3.83 Bbl ev. Op grond van 3.83 Bbl moeten bestaande gebouwen voldoende energiezuinig zijn. Daarvoor is een verplichting opgenomen om energiebesparende maatregelen te nemen (zoals wij die nu kennen uit artikel 2.15 Activiteitenbesluit, voor zover van belang voor utiliteitsbouw). Over de gefaseerde uitvoering van die maatregelen kan een maatwerkvoorschrift worden vastgesteld (art. 3.86 Bbl). Overigens zal in een later stadium een nieuw samenhangend stelsel geïntroduceerd worden voor energiebesparende regels voor utiliteitsgebouwen<sup>27</sup>. De bepalingen in artikel 3.84 Bbl e.v. hebben dus vooralsnog een beperkte houdbaarheid.

De maatwerkmogelijkheid uit het Bbl ziet op energieprestatie-eisen voor nieuw te bouwen bouwwerken. Vrijwel alle huidige mogelijkheden voor verduurzaming van de bestaande gebouwde omgeving (warmtenetten, all-electric) gaan uit van een verdergaande

---

25 Richtlijn 2010/31 van het Europees Parlement en de Raad.

26 *Stb.* 2018, 291, p. 392.

27 Zie *Stb.* 2018, 291, p. 280.

mate van isolatie. Energiegebruik van bestaande gebouwen wordt gereguleerd door de energielabels. Op grond van de Richtlijn energieprestatie gebouwen moet bij de bouw, verkoop of verhuur van woningen en utiliteitsgebouwen een energieprestatiecertificaat of energielabel aanwezig zijn (artikel 7). Voor kantoorgebouwen is inmiddels bepaald dat ieder kantoor groter dan 100m<sup>2</sup> op 1 januari 2023 minimaal energielabel C moet hebben op grond van artikel 5.11 Bouwbesluit. Deze regulering voltrekt zich vooralsnog buiten het ruimtelijk plan om, maar met de inwerkingtreding van de Omgevingswet zullen de regels over energielabels onderdeel worden van het Bbl. Als er ook voor bestaande gebouwen (woningen) minimale energiezuinigheidseisen in de vorm van een A-, B- of C -label gaat gelden zal dat waarschijnlijk gaan om een richtinggevende norm, die op een later moment meer verplichtend als algemene regel aan het Bbl wordt toegevoegd,<sup>28</sup> waar geen maatwerk bij mogelijk is. Gelet op de afstemming van de mate van isolatie op de wijkgerichte aanpak en de keuzes die voortvloeien omtrent alternatieve warmtevoorziening zou lokaal maatwerk ten aanzien van isolatie-eisen voor bestaande gebouwen voor de toekomst geen overbodige zaak zijn. Dergelijke minimumeisen kunnen niet gesteld worden zonder een passende overgangstermijn en dienen gepaard te gaan met aanvullende (financiële) instrumenten die bijvoorbeeld in een programma een plaats kunnen krijgen. Daarnaast moet duidelijk worden of het stellen van strengere eisen aan bestaande bouw mogelijk is in het licht van het in het Bbl leidende principe van het 'rechtsens verkregen niveau'. Dit betekent dat het kwaliteitsniveau dat het resultaat is van toepassing van de technische voorschriften die op de oorspronkelijke oprichting/eventuele verbouwingen van toepassing waren, na een verbouwing moet worden behaald, tenzij dit niveau lager ligt dan het niveau van de voorschriften voor een bestaand bouwwerk die na de verbouwing voor dat bouwwerk gelden.

Het Bbl bevat geen regels over aansluiting van bouwwerken op energie-infrastructuur. In de Memorie van Toelichting van de consultatieversie van het Bbl was expliciet vermeld dat gemeenten ten aanzien van de aansluiting op distributienetten in het omgevingsplan zelf keuzes mogen maken. Dat is overgenomen in de definitieve versie van het Bbl<sup>29</sup>, en biedt gemeenten dus de mogelijkheid om zelfstandige normstelling op te nemen in het omgevingsplan omtrent energie-infrastructuur.

Het Bbl bevat ten aanzien van technische eisen in beginsel een uitputtende regeling. Bovenstaande doet in het kader van gebouwgebonden voorschriften in het omgevingsplan bijvoorbeeld de vraag rijzen of een omgevingsplan kan bepalen dat nieuw te bouwen gebouwen uitgerust zijn met PV-collectoren of dat deze zo gebouwd moeten worden dat deze daarmee uitgerust kunnen worden<sup>30</sup>. Voorschriften over situering van bouwwerken binnen een plangebied kunnen onderdeel zijn van een omgevingsplan, zoals deze nu ook al onderdeel kunnen zijn van een bestemmingsplan onder de Wro. Deze eisen worden doorgaans om ruimtelijke redenen en niet om bouwtechnische redenen in het plan opgenomen en zijn om die reden dus ook niet in strijd met de uitputtende werking van het Bouwbesluit 2012 of het Bbl. Het daadwerkelijk afdwingbaar stellen van PV-collectoren is echter een ander verhaal. Het Bbl biedt geen ruimte om verplichtingen

28 Ontwerp voor een Klimaatakkoord, p. 25-26.

29 *Stb.* 2018, 291, p. 286.

30 Deze suggestie is in verschillende gemeenten, zoals Assen en Waalwijk al aan de orde geweest, maar zover op het moment van schrijven kan worden overzien, nog niet toegepast.

daadwerkelijk op te leggen, bijvoorbeeld in de vorm van een gebodsbepaling, omdat het karakter van een gebodsbepaling zich niet verhoudt met de systematiek van algemene regels en maatwerkregels in het Bbl. Gebodsbepalingen over andere onderwerpen kunnen wellicht wel in het omgevingsplan worden opgenomen, maar daarvoor geldt dat in dat geval aan de strikte eis van evenredigheid moet worden voldaan.<sup>31</sup>

In mindere mate zijn ook het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) van belang voor regels en voorschriften in het omgevingsplan die zien op energiebesparing en vervanging met duurzame energie. Deze zien op activiteiten en zijn met name van belang voor bepaalde utiliteitsgebouwen zoals ziekenhuizen. Het Bal bevat bijvoorbeeld de verplichtingen uit het Activiteitenbesluit die zien op het besparen van energie (art. 2.15 Activiteitenbesluit). Artikel 5.15 Bal bevat de verplichting tot het nemen van energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van 5 jaar. Het Bal bevat regels over activiteiten zoals het installeren en gebruiken van bodem-energiesystemen, voor zowel open als gesloten bodemenergiesystemen (art. 4.1135 e.v. en 4.1148 e.v.). In het Bal zijn bijvoorbeeld regels opgenomen over de installatie- en lozingsvergunningen die nodig zijn voor een dergelijke activiteit. Als in een omgevingsplan, bijvoorbeeld als gevolg van de warmtevisie, een bodemenergiesysteem voorzien is, dan zal aangesloten moeten worden bij de algemene regels die voor die activiteit in het Bal geformuleerd zijn.

## **5.2 Omgevingsplan en maatwerk op gebiedsniveau**

Een omgevingsplan kan in beginsel bepalingen bevatten over ruimtevoorziening voor (decentrale) energieopwekking zoals WKO-installaties en kleinschalige windmolens of zonneparken. Hetzelfde geldt voor het toekennen van functies voor de ondergrond aan locaties, bijvoorbeeld in het kader van bodemenergie. Zodoende kan op gebiedsniveau de ruimtelijke impact van maatregelen voor duurzame energie geborgd worden. Op zichzelf is dit ook onder de Wro mogelijk.

Gebiedsgericht maatwerk is met name ook in het kader van de warmtetransitie van belang. Voor nieuw te bouwen bouwwerken geldt sinds 1 juli 2018 al dat deze in beginsel niet meer op het aardgasnet worden aangesloten. Die wijziging is vormgegeven in artikel 10 lid 7 van de Gaswet en in art. 6.10, lid 2 van het Bouwbesluit 2012. Enkel wanneer in verband met zwaarwegende redenen van algemeen belang aansluiting alsnog noodzakelijk is kan door middel van een gebiedsaanwijzing door B&W nieuwbouw alsnog op het aardgasnetwerk worden aangesloten. Deze gebiedsaanwijzing is een afzonderlijk besluit dat niet geïntegreerd is in het bestemmingsplan, hetgeen gelet op de reikwijdte van de Wro waarschijnlijk ook niet mogelijk is. Een andersoortige gebiedsaanwijzing, namelijk in het kader van uitfasering van bestaande gebouwen is met het Amendement Van Eijs/Dik-Faber bij de aanpassing van de Crisis- en herstelwet door de Tweede Kamer aangenomen<sup>32</sup>. Door het amendement zal de Gaswet bij inwerkingtreding van de

---

31 Zie ook A.G.A. Nijmeijer, 'Gebodsbepalingen in het omgevingsplan, makkelijker gezegd dan gedaan', *TBR* 2015/185, en tevens: K.J. de Graaf en H.D. Tolsma, 'Over gebodsbepalingen en emissie- en immissienormen in het Omgevingsplan', in: N. Teesing (red.), *Milieubescherming in het omgevingsplan* (Vereniging voor Milieurecht; Vol. 2016, Nr. 1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

32 Het wetsvoorstel ligt op moment van schrijven bij de Eerste Kamer.

gewijzigde Chw worden toegevoegd aan de lijst van wetten waarvan op grond van art. 2.4 Chw mag worden afgeweken. In een bestemmingsplan verbrede reikwijdte (een experimenteel bestemmingsplan op grond van de Chw waarbij van verschillende wettelijke bepalingen kan worden afgeweken) kan dan gebruikt gemaakt worden van een experiment waarbij ten aanzien van (i) de (ingediende) proeftuinen<sup>33</sup> of (ii) herstructurerings- of transformatiegebieden bepaald kan worden dat deze niet meer op het aardgas aangesloten kunnen zijn.

Gemeenten krijgen in de verduurzaming van de gebouwde omgeving een sleutelrol toegewezen aangezien zij op grond van de Transitievisie warmte en de gemeentelijke warmtevisie gebieden aan kunnen wijzen die op een daarbij te stellen termijn van het aardgas op een andere warmte-infrastructuur zullen overgaan. Goed beschouwd gaat het om een tweeledige beslissing, want met dat besloten wordt dat een gasnet beëindigd zal worden, zal er tevens een besluit genomen moeten worden over een alternatief<sup>34</sup>. Op dit punt zijn de ontwikkelingen in het wetgevingskader voor de energietransitie van belang, bijvoorbeeld op welke wijze de Minister van Economische Zaken en Klimaat voornemens is om invulling te geven aan het zogenaamde techniek-neutrale warmterecht. Het ontwerp-Klimaatakkoord meldt dat de gemeente in het omgevingsplan aanwijst welke wijk wanneer van het aardgasnetwerk afaakt. Tegen dit besluit staat beroep open bij de Raad van State<sup>35</sup>, en voor dergelijke besluiten geldt de bestaande regeling voor nadeelcompensatie bij rechtmatige overheidsdaad.<sup>36</sup> De Rijksoverheid werkt de juridische doorzettingsmacht van dat besluit uit, hetgeen in de vorm van bestuursdwang, last onder dwangsom, bestuurlijke boete of binnentredingsrecht gerealiseerd zal worden. Tegelijkertijd wordt in de Energiewet de bevoegdheid van de netbeheerder uitgewerkt om de gasafsluiting uit te voeren, en worden voorwaarden geformuleerd om consumenten en gebouw eigenaren bescherming te bieden.

Gelet op de ingrijpende aard van deze uitfasering en gelet op het feit dat we hier te maken hebben met verschillende actoren (gemeente, netbeheerder) die op grond van verschillende wettelijke regelingen (Omgevingswet, Energiewet) bevoegdheden uitoefenen, zal de beslissing op een uiterst zorgvuldige wijze genomen moeten worden. Het omgevingsplan zal juridisch gezien de uitfasering van het aardgasnet voor een specifiek gebied borgen. Tegelijkertijd dienen gebouwen vanaf dat moment, gelet op het warmterecht, voorzien te zijn van duurzame warmtevoorziening. De vraag is hoe de keuze voor het alternatief zich verhoudt tot het omgevingsplan. Het ligt voor de hand dat met de netbeheerder en gebouw eigenaren tot zoveel mogelijk collectieve alternatieven gekomen zal worden. Het is echter niet wenselijk dat de gemeente de keuzevrijheid van gebouw eigenaren te zeer beperkt door één bepaald duurzaam alternatief, bijvoorbeeld

33 Deze 50 wijken zijn in het kader van het Programma Aardgasvrije wijken aangewezen om als eerste over te stappen op duurzame warmtevoorziening en worden daartoe door het Rijk ondersteund.

34 S. Akerboom en A.M.J.R. van der Linden, 'Van gas los! Maar dan? Juridische aspecten van de verduurzaming van de warmtevoorziening', *TBR* 2018/53, par. 2.

35 Na inwerkingtreding van de Omgevingswet en het ontstaan van het omgevingsplan van rechtswege zal het opnemen van een dergelijke bepaling doorgaans via wijziging van het omgevingsplan plaatsvinden en zal een beroep tegen de 'uitfaseringsregel' kwalificeren als beroep tegen de gewijzigde onderdelen van het plan. Zie ook: F.A.G. Groothuijs en R. Kegge, *Het omgevingsplan, integraal en marginaal?* (Preadvies VBR 2017), p. 87 e.v.

36 *Ontwerp van een Klimaatakkoord*, p. 34.

een warmtenet, voor te schrijven. Of het omgevingsplan bijvoorbeeld moet bepalen dat gebouwen aangesloten moeten worden op een warmtenet, zal alleen het geval kunnen zijn als bijvoorbeeld een warmtenet anders niet rendabel is. Hoe de gemeente de alternatieve voorziening laat realiseren en exploiteren is een vraag die buiten het bestek van deze bijdrage valt<sup>37</sup>. De gemeente heeft weliswaar de regierol bij verduurzaming van de gebouwde omgeving, maar dat betekent niet dat zij zich zodoende moet opstellen dat de keuzevrijheid en ook beginselen van mededinging daarmee in het geding komen.

## 6 Conclusies

Het omgevingsplan biedt gemeenten de mogelijkheid om, veel meer dan voorheen mogelijk was, bij verduurzaming van de gebouwde omgeving maatwerk te bieden. Dat kan door het ruimtelijk borgen van regionale afspraken uit de RES, maar ook door het stellen van maatwerkregels voor energieprestaties. Vooralsnog lijken de mogelijkheden voor nieuwbouw op dat punt echter groter dan bij bestaande bouw.

De energietransitie in de gebouwde omgeving staat voor een immense uitdaging, qua aantallen gebouwen, betrokken partijen en qua kosten. Om regie te houden is een planfiguur cruciaal, omdat daarin de keuzes voor de langere termijn, de uitvoeringsmaatregelen, de betrokkenheid van de actoren en de afstemming met andere beleidsterreinen vastgelegd kan worden. Ruimtelijke keuzes kunnen vervolgens geborgd worden in het omgevingsplan. Het plan stelt regels voor het gemeentelijk grondgebied die een uitwerking en operationalisering kunnen zijn van maatschappelijke doelen die eerder in de beleidscyclus zijn vastgelegd<sup>38</sup>. Belangrijke meerwaarde van de beleidscyclus is dat daarbij een samenhangende afweging wordt gemaakt over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving. Het betrekken van verduurzaming van de energievoorziening kan op die manier integraal worden meegewogen naast alle andere (ruimtelijke) belangen.

Een tweede belangrijk onderdeel is de participatie die voor het slagen van het proces cruciaal is. In het kader van de energietransitie zal een Transitievisie warmte worden vastgesteld door gemeenten om de overgang naar duurzame warmtelevering vorm te geven. Deze warmtevisie zal moeten landen in uitvoeringsbesluiten, bijvoorbeeld door dit qua ruimtelijke elementen zoveel mogelijk te vertalen naar de omgevingsvisie en het omgevingsplan. Om op een transparante en democratische wijze het proces van verduurzaming tot stand te laten komen ligt het immers voor de hand om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de ruimtelijke besluitvorming. Dat voorkomt ook dat er een stroom aan plannen en visies ontstaat die de kenbaarheid en integraliteit van besluitvorming ondergraaft.

Vanwege de complexiteit van de energietransitie is het goed om te beseffen dat het stellen van regels in verband met verduurzaming als een laatste mogelijkheid gezien worden; het stimuleren van duurzame ontwikkeling door het wegnemen van belem-

---

37 Voor warmtenetten is bijvoorbeeld de concessie een mogelijkheid om realisatie en exploitatie te realiseren. Het kan echter ook zijn dat de gemeente zelf een exploiterende rol op zich neemt, bijvoorbeeld bij stadsverwarming.

38 H.C. Borgers en W. De Vos, 'Spotlight op het omgevingsplan', in: N. Teesing (red.), *Milieubescherming in het omgevingsplan* (VMR 2016, Nr. 1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers. p.17.

meringen en het uitdagen tot nieuwe initiatieven uit de markt kan mogelijk al veel (private) investeringen in duurzaamheid teweegbrengen. Daar waar het echter gaat om de samenhang tussen maatregel en doel en de ruimtelijke impact van de energietransitie - en die is heel groot- kan het omgevingsplan zijn dienst bewijzen.





# Onzekerheid over rechtszekerheid

## De veranderde verhouding tussen plan en vergunning onder de Omgevingswet

*Mr. dr. D. (Daan) Korsse*

### 1 Inleiding

Voordat ik Jan in levende lijve heb ontmoet, kende ik zijn naam als lid van het bekendste geheime genootschap van publiekrechtelijk Nederland: ‘de Kleine Kaart’. Sinds de jaren ’80 hebben de leden van dit genootschap een groot aantal wetenschappelijke bijdragen gepubliceerd waarin de verschillende aspecten van het ruimtelijke-orderingsrecht van een grondig doordachte, theoretische basis zijn voorzien. Ik denk dat de gedachten die binnen de Kleine Kaart zijn ontstaan van groot belang zijn geweest voor de jurisprudentie over de ruimtelijke besluitvorming die in dezelfde periode verschenen is. Voor een adept van de ruimtelijke ordening zijn de publicaties van de Kleine Kaart dan ook verplichte kost en hebben alle leden van het genootschap een zekere cultstatus.

Met het verstrijken van de tijd vervaagt langzaam maar zeker de stempel die de Kleine Kaart op het ruimtelijke-orderingsrecht heeft gedrukt. Het emeritaat van Jan is een volgende stap in dit proces. Het kan haast geen toeval zijn dat tegelijkertijd sprake is van een toenemende kritiek op het functioneren van het bestemmingsplan. In de inmiddels verschenen parlementaire stukken met betrekking tot het wetsvoorstel Omgevingswet en de aanverwante regelgeving blijkt duidelijk dat het bestemmingsplan bij de wetgever uit de gratie is geraakt. Volgens de wetgever biedt het bestemmingsplan geen goede basis voor gebiedsontwikkelingen. In de memorie van antwoord wordt bijvoorbeeld overwogen:

‘Een bestemmingsplan geeft nu van te voren bedachte begrenzingen en beperkingen, maar die bieden weinig rechtszekerheid, want ontwikkelingen lopen vaak anders. Het gevolg is dat voor nieuwe ontwikkelingen veelvuldig van bestemmingsplannen moet worden afgeweken, waardoor er sprake is van schijnrechtszekerheid.’<sup>1</sup>

Het idee dat hier naar voren komt, is dat het bestemmingsplan zijn belofte op het gebied van de rechtszekerheid niet waarmaakt. De wetgever gaat er kennelijk vanuit dat de bestemmingsplanfiguur pretendeert een tamelijk exacte voorspelling te kunnen doen van de ruimtelijke ontwikkelingen die binnen de planperiode van 10 jaar zullen plaats-

1 *Kamerstukken I* 2015/16, 33 962, nr. E, p. 40. Zie ook de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Staatsblad* 2018, 293, p. 102.

vinden. In de praktijk blijken er binnen de planperiode echter tal van initiatieven op te duiken die weliswaar niet in het bestemmingsplan passen, maar die met het oog op een goede ruimtelijke ordening niet bezwaarlijk zijn. Die initiatieven worden dan gefaciliteerd door van het bestemmingsplan af te wijken. Dat roept de vraag op waarom er zo veel tijd, geld en energie moet worden gestoken in de voorbereiding van deze planfiguur. En als er dan toch een bestemmingsplan moet worden vastgesteld, waarom worden daar dan specifieke eisen aan gesteld, zoals de uitvoerbaarheidseis, de toelatingsplanologie en het verbod op nadere afwegingsmomenten?

Ik ben het niet eens met dit standpunt van de wetgever. Naar mijn mening vervult het bestemmingsplan wel degelijk een belangrijke functie op het gebied van de rechtszekerheid (onder 2). Het bestemmingsplan biedt een initiatiefnemer houvast, zowel bij het realiseren van nieuw gebruik (onder 3) als de instandhouding daarvan (onder 4). Met de Omgevingswet worden echter veranderingen doorgevoerd die de rechtszekerheid dreigen te ondermijnen die de ruimtelijke normstelling momenteel kan bieden (onder 5). Ik denk daarom dat deze veranderingen niet zonder meer moeten worden doorgevoerd (onder 6).

## **2 Het bestemmingsplan en schijnrechtszekerheid**

Het idee dat het bestemmingsplan slechts schijnrechtszekerheid biedt, is niet nieuw. Reeds in 2004 neemt Hillegers hetzelfde standpunt in. Hillegers wijst erop dat het rechtszekerheidsbeginsel bescherming moet bieden aan zowel degenen die 'direct' als degenen die 'indirect' door de ruimtelijke normstelling getroffen worden. Met de 'direct getroffen' doelt zij op grondeigenaren en gebruikers van gronden of bouwwerken. Zij moeten voldoende duidelijkheid hebben over de eisen die in het bestemmingsplan worden gesteld aan het gebruik van het desbetreffende perceel. Onder 'indirect getroffen' verstaat Hillegers de gebruikers die in hun belangen worden geraakt door het gebruik van gronden of bouwwerken dat anderen in de omgeving maken. Volgens Hillegers is de opvatting dat het rechtszekerheidsbeginsel (primair) een waarborg is voor direct getroffen achterhaald.<sup>2</sup> Vervolgens constateert Hillegers, net als de wetgever van de Omgevingswet, dat het bestemmingsplan schijnrechtszekerheid biedt:

'De bouwvergunning is het schoolvoorbeeld van een gebonden beschikking vanwege de zogenaamde limitatieve opsomming van imperatieve weigeringsgronden. De vergunning moet worden geweigerd bij strijd met een bestemmingsplan. Maar de rechtszekerheid die deze gebonden bevoegdheid biedt is niet absoluut. Sterker nog, er kan worden gesproken van schijnrechtszekerheid. De gemeenteraad (of onder omstandigheden het college van b en w) kan immers vrijstelling van het bestemmingsplan verlenen of het bestemmingsplan herzien. Anders gezegd: het bestemmingsplan heeft geen absolute duurzaamheid.'<sup>3</sup>

Het beeld dat hier wordt geschetst komt erop neer dat het bestemmingsplan er niet goed in slaagt om ruimtelijke ontwikkelingen te begrenzen. In de praktijk worden immers allerlei ontwikkelingen toegestaan waar het bestemmingsplan helemaal niet in

---

2 S. Hillegers, 'Rechtszekerheid in het ruimtelijk bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 167-187, p. 184.

3 Hillegers, a.w., p. 182-183.

voorziet. Dit kan ertoe leiden dat ‘indirect getroffen’ met ontwikkelingen worden geconfronteerd waar zij op grond van het geldende bestemmingsplan geen rekening mee hebben gehouden.

Alhoewel ik denk dat de conclusie dat het bestemmingsplan er niet goed in slaagt om indirect getroffen veel rechtszekerheid te bieden tot op zekere hoogte juist is, kan het standpunt dat het bestemmingsplan (daarom) slechts schijnrechtszekerheid biedt naar mijn mening niet worden gevolgd. Dit standpunt is namelijk ten onrechte gebaseerd op het uitgangspunt dat het bestemmingsplan primair tot doel heeft om ruimtelijke ontwikkelingen te begrenzen en daarmee is gericht tot indirect getroffen.

Naar mijn mening is het belangrijkste doel van het bestemmingsplan niet om ruimtelijke ontwikkelingen te begrenzen en ongewenste ontwikkelingen te voorkomen, maar om als een grondslag voor nieuwe ontwikkelingen fungeren. Met het bestemmingsplan wordt getracht om een ruimtelijke structuur aan te brengen en om te stimuleren dat de elementen worden gerealiseerd die de planwetgever bepalend acht voor het handhaven of realiseren van die structuur.<sup>4</sup> Een ruimtelijke structuur zorgt ervoor dat het totaal van het ruimtegebruik in een gebied een grotere waarde vertegenwoordigt dan de som der delen.

Dat tijdens de ontwikkeling van het plangebied buiten de grenzen van het bestemmingsplan wordt getreden is zo gezien helemaal niet erg. Dat doet immers niet af aan de gebruiksmogelijkheden die het bestemmingsplan zelf biedt. Bovendien kan ook bij het toestaan van buitenplanse ontwikkelingen aansluiting worden gezocht bij de ruimtelijke structuur die aan het bestemmingsplan ten grondslag ligt, zodat het bestemmingsplan op de achtergrond wel degelijk zijn betekenis behoudt.<sup>5</sup> Met andere woorden, het feit dat er in de praktijk behoefte bestaat om buiten de kaders van het bestemmingsplan te treden, betekent niet, althans niet in alle gevallen, dat die kaders zelf geen functie vervullen en gemist kunnen worden.<sup>6</sup>

Vanuit deze optiek is het bestemmingsplan primair bedoeld om rechtszekerheid te bieden aan ‘direct getroffen’, dus aan degenen die de gebiedsontwikkeling tot stand brengen.<sup>7</sup> En in die doelstelling slaagt het bestemmingsplan veel beter. Als een ontwikkeling in het bestemmingsplan is opgenomen, dan kan de initiatiefnemer ervan uitgaan dat hij

4 Vgl. Th. Peters, *Sturen met ruimtelijke structuren. De meerwaarde van een gemeentelijke projectprocedure in de WRO* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 119 en P. van der Ree, *Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van de bestemmingsplanregeling* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

5 Zo ook Peters, a.w., p. 275.

6 Zoals gesuggereerd door F. Brouwer en B. Rademaker, ‘Een nieuwe opzet van de vergunningplicht voor bouwwerken in de Omgevingswet’, *TBR* 2017/39, par. 5. Zij menen dat een behoudende opzet in een bestemmingsplan er slechts toe leidt dat bouwplannen met het bestemmingsplan in strijd zijn, waarna moet worden getoetst aan de ‘zeer open en onvoorspelbare beoordelingsregel van “een goede ruimtelijke ordening”’.

7 Zo ook De Vries, die het bestemmingsplan karakteriseert als een ‘waarborgnorm’. Volgens De Vries worden de rechten en belangen van de burger door het bestemmingsplan beschermd omdat de overheid op basis van de verordeningsfunctie en de toetsingsfunctie van het bestemmingsplan dient te bepalen of handhavend kan worden opgetreden tegen een door haar niet gewenste activiteit. Daarnaast kan de burger er aanspraak op maken dat zijn medeburger zich onthoudt van een onrechtmatige inbreuk op de rechten die aan het bestemmingsplan kunnen worden ontleend. Zie H.J. de Vries, *De*

die ontwikkeling mag realiseren. In het economisch verkeer is dat een groot goed. Iemand die een ontwikkeling wil realiseren, heeft daarvoor in de regel externe financiering nodig, die pas wordt verstrekt op het moment dat er objectieve zekerheid bestaat dat de beoogde ontwikkeling doorgang kan vinden. Het bestemmingsplan vervult hierbij een essentiële rol, omdat het een objectieve grondslag biedt voor gebruik van gronden en bouwwerken. Dat komt door een aantal lijnen in de jurisprudentie, die ik in de volgende paragraaf kort zal schetsen.

### **3 Rechtszekerheid bij het realiseren van gebruik**

Een belangrijke pijler van de rechtszekerheid die een bestemmingsplan biedt, is het limitatief-imperatief stelsel dat is neergelegd in artikel 2.10, eerste lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

Het limitatief-imperatief stelsel komt erop neer dat de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk *moet* worden verleend als het bouwplan in overeenstemming is met de toetsingsgronden die in artikel 2.10, eerste lid, van de Wabo zijn neergelegd. Als het bouwplan voldoet aan de eisen die daar in het bestemmingsplan aan worden gesteld, dan kunnen planologische motieven geen reden zijn om de vergunning alsnog te weigeren. Het feit dat het verlenen van een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk een gebonden bevoegdheid is, heeft geleid tot verschillende lijnen in de jurisprudentie die voor de rechtszekerheid van het bestemmingsplan van groot belang zijn.

In de eerste plaats is het limitatief-imperatieve karakter van het toetsingskader voor de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding geweest om te oordelen dat de bouwregels van het bestemmingsplan geen ruimte mogen bieden voor het maken van een nadere afweging over de planologische aanvaardbaarheid van een bouwplan of een vorm van gebruik. Volgens de Afdeling moet aan de hand van het bestemmingsplan in objectieve zin bepaalbaar zijn wat wel en niet toelaatbaar is. Als de gemeenteraad ruimte wil bieden voor een belangenafweging in een concreet geval, dan moet daarvoor gebruik worden gemaakt van de flexibiliteitsinstrumenten die (thans) zijn neergelegd in artikel 3.6, eerste lid, van de Wro.<sup>8</sup> Deze lijn in de jurisprudentie is goed te verklaren. Bouwregels die het college beleidsvrijheid bieden staan haaks op het gebonden karakter van het vergunningstelsel, dat er immers vanuit gaat dat de geldende wet- en regelgeving volledig dicteert wanneer een vergunning moet worden verleend.<sup>9</sup> Min of meer in het

---

*ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 32-53.

8 Zie bijv. ABRvS 8 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA5161 en ABRvS 20 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT9671, beide met een annotatie van Jan onder respectievelijk AB 2000/363 en AB 2005/354.

9 Weliswaar is de welstandstoetsing binnen het limitatief-imperatief stelsel een wat vreemde eend in de bijt, omdat een esthetische beoordeling van het ontwerp nu eenmaal een weinig objectief karakter heeft, maar volgens vaste jurisprudentie kan de welstandstoetsing in ieder geval niet afdoen aan de bouwmogelijkheden die het bestemmingsplan biedt. Zie bijv. ABRvS 23 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5285; ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5956 en ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8549. De welstandstoetsing heeft in die zin een ondergeschikt karakter. Bovendien is het de bedoeling dat de beoordeling van het uiterlijk van het bouwwerk zo

verlengde hiervan heeft de Afdeling bestuursrechtspraak het standpunt ingenomen dat de mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt niet kunnen worden beperkt met een beroep op de doelstellingen van de planwetgever zoals die blijken uit de toelichting bij het desbetreffende plan.<sup>10</sup>

In de tweede plaats is de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van belang die ziet op de gevallen waarin een bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan dat geldt op het moment dat de aanvraag om een omgevingsvergunning wordt ingediend, maar dat bestemmingsplan hangende de aanvraag of de bezwaarprocedure dusdanig wordt gewijzigd dat de vergunning niet meer kan worden verleend of moet worden herroepen. In dat geval moet volgens de jurisprudentie een uitzondering worden gemaakt op het beginsel van de *ex-nunc* toetsing en moet het besluit bij uitzondering worden gebaseerd op het bestemmingsplan dat gold ten tijde van de aanvraag.<sup>11</sup>

In de derde plaats wordt vanwege het limitatief-imperatief stelsel in de zogenoemde Tegelen-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een uitzondering gemaakt op de terugwerkende kracht van een vernietiging van het bestemmingsplan. Deze uitzondering houdt in dat de vernietiging in beginsel niet van invloed is op een omgevingsvergunning voor het bouwen die op grond van het vernietigde bestemmingsplan is verleend. De Afdeling bestuursrechtspraak wijst er in deze jurisprudentie op dat de terugwerkende kracht van de vernietiging tot gevolg zou hebben dat achteraf zou moeten worden vastgesteld dat het college van burgemeester en wethouders het bouwplan niet aan het nieuwe (vernietigde) bestemmingsplan, maar aan het oude plan had moeten toetsen. Dat staat volgens de Afdeling bestuursrechtspraak haaks op het limitatief-imperatief stelsel, dat het college geen ruimte biedt om anders dan op basis van het nieuwe bestemmingsplan te beslissen.<sup>12</sup>

Kortom, een in werking getreden bestemmingsplan biedt veel rechtszekerheid over de mogelijkheid om bouwwerken te realiseren, omdat het plan een eenduidige regeling moet bevatten over de bouwwerken die zijn toegestaan. Een omgevingsvergunning voor een bouwplan dat met dat plan in overeenstemming is kan in principe niet geweigerd worden.

## 4 Rechtszekerheid bij de instandhouding van gebruik

Een bestemmingsplan biedt ook rechtszekerheid in de zin dat het plan waarborgt dat gebruik dat legaal is aangevangen en bouwwerken die legaal zijn opgericht in beginsel mogen worden voortgezet en in stand worden gehouden, ook als het planologisch re-

---

veel mogelijk worden ingekaderd met objectieve criteria in een door de gemeenteraad vastgestelde welstandsnota.

10 Zie bijv. ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2055; ABRvS 19 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2636 en ABRvS 26 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2016:682.

11 Zie bijv. ABRvS 13 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR3800. Deze uitzondering doet zich niet voor als ten tijde van de aanvraag een voorbereidingsbesluit is genomen of het ontwerp van het nieuwe bestemmingsplan al ter inzage is gelegd.

12 ABRvS 21 december 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AA4296. De Afdeling heeft deze lijn onder de Wabo uitdrukkelijk voortgezet. Zie ABRvS 12 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP0510.

gime op een later moment gewijzigd wordt en het desbetreffende gebruik of bouwwerk niet langer toestaat. Ook hierover zijn in de jurisprudentie duidelijke lijnen uitgezet.

Het uitgangspunt is dat gebruik<sup>13</sup> dat legaal aanwezig is op het moment dat het bestemmingsplan wordt vastgesteld in beginsel als zodanig moet worden bestemd. Een dergelijke 'positieve bestemming' kan slechts uitblijven als nieuwe planologische inzichten daartoe aanleiding geven en het belang bij de beoogde nieuwe bestemming zwaarder weegt dan de gevestigde rechten en belangen. In dat geval kan het bestaand legaal gebruik onder het overgangsrecht worden gebracht, mits de gemeenteraad aannemelijk maakt dat het gebruik binnen de planperiode van 10 jaar zal worden beëindigd.<sup>14</sup> Dit impliceert dat de gemeenteraad bereid moet zijn om tot onteigening over te gaan als de gebruiker niet de intentie heeft om het gebruik uit eigen beweging te staken.

Het wegbestemmen van bestaand legaal gebruik heeft niet tot gevolg dat een verplichting ontstaat om dat gebruik te staken en de feitelijke situatie in zoverre met de nieuwe bestemming in overeenstemming te brengen. In het bestemmingsplan moet namelijk overgangsrecht worden opgenomen, op grond waarvan bestaand legaal gebruik dat niet past binnen de nieuwe bestemming mag worden voortgezet. De inhoud van dit overgangsrecht wordt gedicteerd in de artikelen 3.2.1 en 3.2.2 van het Besluit ruimtelijke ordening. Het is in beginsel niet toegestaan om gebruik twee maal onder het overgangsrecht te brengen.<sup>15</sup> Het uitgangspunt is dus dat de gebruiker weer aanspraak kan maken op een positieve bestemming als de gemeenteraad er niet in is geslaagd om gebruik dat onder het overgangsrecht is gebracht binnen de planperiode te beëindigen.

In dit kader is ook van belang dat een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk een zelfstandige titel gaat vormen voor het beoogde gebruik van het bouwplan dat is aangevraagd. Een vrijstelling voor gebruik van een pand dat in strijd is met het bestemmingsplan kan worden geacht rechtstreeks voort te vloeien uit een voor dat pand verleende bouwvergunning.<sup>16</sup> Deze jurisprudentie geldt ook als het college de strijd met het bestemmingsplan niet heeft onderkend. Ook in dat geval bevat de vergunning impliciet het rechtsoordeel dat het bestemmingsplan niet aan het bouwplan in de weg staat.<sup>17</sup> Ook als het bestemmingsplan wordt gewijzigd voordat het bouwplan is gerealiseerd en het beoogde gebruik is aangevangen, kan de vergunninghouder het bouwwerk voltooiën en het beoogde gebruik op basis van de vergunning realiseren.<sup>18</sup>

De aanwezigheid van bestaand legaal gebruik impliceert ook dat dit gebruik in aanmerking moet worden genomen bij het toestaan van nieuwe ontwikkelingen. Als het bestaande gebruik onaanvaardbare effecten zal hebben op het nieuwe ruimtegebruik waarin het beoogde bestemmingsplan voorziet, dan is geen sprake van een goede ruimtelijke ordening en mag dat plan niet worden vastgesteld. Dat geldt bijvoorbeeld als de milieueffecten die een bestaande inrichting veroorzaakt ter plaatse van een nieuwe

---

13 Met 'gebruik' doel ik hier zowel op gebruik in enge zin als het instandhouden van bouwwerken.

14 Zie bijv. ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2262.

15 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2017:3499.

16 Zie bijv. ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1784.

17 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 953, nr. 3, p. 45. Zie ook ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5662.

18 ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:203.

woonbestemming niet voldoet aan de normen van het Activiteitenbesluit.<sup>19</sup> Bestaand legaal gebruik neemt dus een relatief sterke positie in ten opzichte van nieuwe gebruiksmogelijkheden.

## 5 Veranderingen in de Omgevingswet

De wetgever is voornemens om met de Omgevingswet een aantal veranderingen door te voeren ten opzichte van de vaste lijnen in de jurisprudentie die in vorige paragrafen beschreven zijn. Die veranderingen dreigen ten koste te gaan van de rechtszekerheid die de ruimtelijke normstelling momenteel kan bieden bij de totstandkoming en de voortzetting van gebruik van gronden en bouwwerken, zeker als zij in onderlinge samenhang worden gezien.

Een eerste verandering die grote consequenties kan hebben voor het huidige stelsel van ruimtelijke normstelling is de 'knip' die de wetgever wil doorvoeren in de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk. Deze knip houdt in dat de vergunningplicht wordt gesplitst in een bouwtechnisch en een planologisch deel. De gemeenteraad kan vervolgens zelf in het omgevingsplan bepalen of het voor de toepassing van de 'planologische' bouwregels nodig is dat bij de beoordeling van een bouwplan preventief aan die regels wordt getoetst over de band van een vergunningplicht.<sup>20</sup> De lijst die momenteel in artikel 2 van Bijlage II van het Besluit omgevingsrecht is neergelegd en waarin de categorieën van gevallen worden aangewezen waarin vergunningvrij mag worden afgeweken van het planologisch regime, zal onder de Omgevingswet dus plaatsmaken voor een lijst in het omgevingsplan.<sup>21</sup>

Een tweede belangrijke verandering is dat de wetgever het acceptabel acht dat de bouwregels in het omgevingsplan bij de vergunningverlening ruimte bieden voor een nader afwegingsmoment.<sup>22</sup> Dit betekent dat de situatie zich kan voordoen waarin het bouwplan in kwestie voldoet aan de eisen die daar in het omgevingsplan aan zijn gesteld, maar dat het college desalniettemin weigert om de vergunning te verlenen. Dit is de nagel aan de doodskist van het limitatief-imperatief stelsel.<sup>23</sup> In het verlengde daarvan biedt het omgevingsplan minder houvast voor een initiatiefnemer of een ontwikkelaar. Het feit dat de gemeenteraad er voor kan kiezen om geen ruimte te bieden voor een nadere

19 Zie voor een tamelijk willekeurig voorbeeld ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4228, waarin de Afdeling een bestemmingsplan vernietigt omdat wordt voorzien in een geurgevoelige bestemming op een te korte afstand van een mestplaat op het buurperceel.

20 Nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 113-114 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 3, p. 70-72.

21 Deze gemeentelijke lijstjes leiden op zichzelf tot een toenemende rechtsonzekerheid. Die lijstjes kunnen van gemeente tot gemeente en zelfs van locatie tot locatie verschillen en bovendien eenvoudig gewijzigd worden. Naar verwachting zal daarom sprake zijn van een toename van de 'lijstjes-jurisprudentie', waar Rademaker, zich kritisch over uitlaat in zijn annotaties onder *TBR* 2014/27 en *TBR* 2018/93.

22 Nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 97 en p. 116.

23 De parlementaire stukken lijken op dit punt een innerlijke tegenstrijdigheid te bevatten. Daarin wordt namelijk enerzijds gesteld dat het limitatief-imperatief karakter van het vergunningstelsel in gelijkwaardige vorm behouden blijft, terwijl anderzijds wordt aangegeven dat het gebonden karakter van de bevoegdheid wordt bepaald door de beleidsvrijheid die in de bouwregels geboden wordt. Zie respectievelijk p. 115 en p. 116 van de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290.



afweging, doet hier niet aan af. Het enkele feit dat de Omgevingswet de mogelijkheid biedt om een nadere afweging te maken over de aanvaardbaarheid van een specifiek bouwplan, betekent dat juristen in een concreet geval zullen moeten beoordelen of daar inderdaad sprake van is.

In de derde plaats wordt onder de Omgevingswet afstand genomen van de opdracht aan de gemeenteraad om binnen het gehele grondgebied van de gemeente een goede ruimtelijke ordening te realiseren. In plaats daarvan moet 'slechts' worden gewaarborgd dat sprake is van een evenwichtige functietoedeling aan locaties. In de parlementaire stukken wordt aangegeven dat dit wezenlijk iets anders is. De evenwichtige functietoedeling is de resultante van alle regels over activiteiten in het bestemmingsplan en neemt dus niet per definitie de vorm aan van de toedeling van een bepaalde functie (lees: bestemming) aan een specifieke locatie. De gemeenteraad kan de geografische reikwijdte van de regels zelf bepalen. Een regel kan gelden voor het gehele gemeentelijke grondgebied, maar ook voor een wijk, een perceel of een gedeelte van een perceel.<sup>24</sup>

In de vierde plaats wil de wetgever van de Omgevingswet het mogelijk maken om in het omgevingsplan onderzoeksverplichtingen door te schuiven naar de fase van de ontwikkeling. Dat kan bijvoorbeeld door in het omgevingsplan een milieukoepel op te nemen voor geluid, waarin wordt bepaald dat alle bedrijvigheid op een terrein gezamenlijk buiten dat terrein niet meer geluidsbelasting mag veroorzaken dan de waarde die in het omgevingsplan wordt voorgeschreven. Het is dan aan de initiatiefnemer om de effecten van de door hem beoogde bedrijvigheid op de totale geluidsbelasting door te rekenen en om aan te tonen dat de grenswaarde van de milieukoepel niet wordt overschreden. Een dergelijk systeem heeft tot gevolg dat de initiatiefnemer moet investeren in een akoestisch onderzoek voordat hij weet of hij aanspraak kan maken op een vergunning. Het roept ook vragen op over de verdeling van schaarse vergunningen. Het is immers niet uitgesloten dat een derde eerder een vergunningaanvraag indient waarmee de resterende milieugebruiksruimte die onder de milieukoepel geboden wordt, wordt opgesoupeerd.

Een vijfde verandering is dat afstand wordt genomen van het standaard overgangsrecht zoals dat nu in het Besluit ruimtelijke ordening wordt voorgeschreven. De reden daarvoor is dat de wetgever de mogelijkheid wil openen om gebodsbepalingen op te nemen in het omgevingsplan. Dat is niet mogelijk als er een verplichting bestaat om bestaand legaal gebruik te eerbiedigen.<sup>25</sup> De gemeenteraad zal het overgangsrecht dus zelf moeten formuleren. Gelet op het omvangrijke aantal onderwerpen dat door de regels van het omgevingsplan bestreken wordt en de manier waarop die regels in elkaar grijpen, is dat een zeer complexe opgave.

## **6 Gevolgen voor de rechtszekerheid**

De veranderingen die de wetgever met de Omgevingswet wil doorvoeren, zetten de rechtszekerheid die het bestemmingsplan kan bieden op losse schroeven. Het omgevingsplan zal minder duidelijkheid bieden over de mogelijkheid om een omgevingsvergunning voor een bouwwerk te verkrijgen en als die vergunning is verleend, dan

---

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 59-60.

<sup>25</sup> Nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 99-100.

kan daar minder rechtszekerheid aan worden ontleend dan thans het geval is. Dit zou aanzienlijke consequenties kunnen hebben voor de rol die het omgevingsplan en de omgevingsvergunning in het economisch verkeer kunnen vervullen.<sup>26</sup>

De grotere rechtsonzekerheid vloeit in de eerste plaats voort uit ruimere inhoud die een omgevingsplan kan hebben. Uit dat plan zal niet in alle gevallen duidelijk kunnen worden afgeleid welke bouw- en gebruiksmogelijkheden op een bepaalde locatie bestaan. Afhankelijk van de inhoud van de planregeling zal nader onderzoek moeten worden verricht of zal het bevoegd gezag een nadere belangenafweging moeten maken voordat de initiatiefnemer weet waar hij aan toe is. Bovendien kan de gemeenteraad er voor kiezen geen specifieke functies aan locaties toe te kennen. Voor het beantwoorden van de vraag of een activiteit mag plaatsvinden, kan het dan nodig zijn om het plan integraal door te nemen om de toepasselijke regels te verzamelen. Nu is het natuurlijk ook op dit moment zo dat een bestemming op zichzelf beschouwd geen volledige zekerheid biedt of een beoogde ontwikkeling kan worden gerealiseerd. Daarvoor moet niet alleen in het bestemmingsplan, maar ook in andere regelgeving worden gekeken, zoals het Activiteitenbesluit en de Algemene plaatselijke verordening. Dat neemt echter niet weg dat een bestemming voor een initiatiefnemer of ontwikkelaar een vertrekpunt vormt voor de benadering van de overige relevante regelgeving. Met andere woorden, de bestemming biedt een bepaalde basisrechtszekerheid die een initiatiefnemer nodig kan hebben om zijn ideeën verder uit te werken.

De rechtsonzekerheid neemt in de tweede plaats toe doordat de omgevingsvergunning zijn rol als bevestiging dat de beoogde ontwikkeling mag worden gerealiseerd in het nieuwe systeem minder goed kan vervullen. Dat geldt uiteraard als geen toetsing aan het omgevingsplan hoeft plaats te vinden, omdat het desbetreffende bouwplan in het omgevingsplan vergunningvrij is gesteld.<sup>27</sup> Maar ook in gevallen dat een bouwplan wel aan het omgevingsplan moet worden getoetst, ligt het niet direct in de rede om vast te houden aan de huidige jurisprudentie op grond waarvan (kort gezegd) wordt getoetst aan het plan dat geldt op het moment dat de aanvraag is ingediend en een vernietiging van dat plan geen gevolgen heeft voor een omgevingsvergunning die op grond van het plan is verleend. Deze uitzonderingen op het algemene bestuursrecht worden immers gerechtvaardigd door het limitatief-imperatief stelsel, dat door de invoering van nadere afwegingsmomenten wordt losgelaten. Bovendien lijkt erop te worden aangestuurd dat een verleende omgevingsvergunning geen zelfstandige titel meer zal bieden voor het gebruik met het oog waarop het vergunde bouwplan wordt opgericht.<sup>28</sup>

In de derde plaats legt het ontbreken van een duidelijk juridisch ankerpunt voor het realiseren van een ontwikkeling een grote druk op het overgangsrecht dat in een omgevingsplan is neergelegd. Op grond daarvan mag een eenmaal gerealiseerde ontwikkeling

26 Zie voor vergelijkbare kritiek A.G.A. Nijmeijer, 'Een nieuwe opzet voor de omgevingsvergunning voor bouwen in de Omgevingswet? Eenvoudiger gezegd dan gedaan', *BR* 2016/56, par. 3.3.2.4 en P.M.J. de Haan en H.C.W.M. Moesker, 'Bouwen onder de Omgevingswet: minder rechtszekerheid en meer verantwoordelijkheid?', *TBR* 2017/109, par. 3.2.2.

27 Het is zeer de vraag of de figuur van het bestuurlijk rechtsoordeel een geschikt alternatief is voor een vergunningplicht. Zie M.M. van Driel, 'Een nieuwe opzet voor een vergunningplicht voor bouwactiviteiten: hoe zit het met de rechtsbescherming?', *BR* 2017/37 en De Haan & Moesker, a.w., par. 3.2.2.

28 Brouwer en Rademaker, a.w., par. 5.

in beginsel in stand worden gehouden. Maar ook hier wil de wetgever meer vrijheid bieden en gemeenten in de gelegenheid stellen om het overgangsrecht zelf te formuleren. Het formuleren en toepassen van overgangsrecht is naar zijn aard complex en wordt door de grotere reikwijdte van het omgevingsplan alleen maar complexer. De kans dat er vergissingen worden gemaakt of zaken over het hoofd worden gezien, is steeds aanwezig. Vanwege deze complexiteit ligt het naar mijn mening in de rede om vast te houden aan standaardovergangsrecht, waarvan onder omstandigheden kan worden afgeweken om een gebodsbepaling op te nemen. Daarmee wordt voorkomen dat bij het formuleren van overgangsrecht fouten worden gemaakt die ten laste komen van de grondgebruiker. Eventuele afwijkingen van het standaardovergangsrecht om ruimte te bieden aan een gebodsbepaling dienen dan goed te worden gemotiveerd, hetgeen de zorgvuldigheid ten goede komt en de kans op vergissingen reduceert.<sup>29</sup>

Brouwer en Rademaker nuanceren de gevolgen die het ontbreken van een vergunningplicht voor het bouwen van een bouwwerk zal hebben voor het economisch verkeer. Zij voeren in dit verband aan dat 'ingrijpende gebruiksveranderingen van gebouwen' die passen binnen het bestemmingsplan altijd al vergunningvrij zijn geweest. Zij wijzen ook op de verschuiving van vergunningplicht naar algemene regels in het milieurecht. Naar zij menen hebben deze omstandigheden niet in de weg gestaan aan de financiering van projecten.<sup>30</sup>

Ik volg dit standpunt niet. De veronderstelling van Brouwer en Rademaker is dat bij het ontbreken van een vergunningplicht kan worden teruggevallen op duidelijke, concrete en objectief geformuleerde algemeen verbindende voorschriften die een zelfstandige titel bieden om de ontwikkeling te realiseren. Bij gebruiksveranderingen is dat het bestemmingsplan, waar met het oog op de rechtszekerheid specifieke eisen aan worden gesteld. In het milieurecht is dat het Activiteitenbesluit milieubeheer. Het omgevingsplan zal echter niet in alle gevallen eenzelfde vangnet kunnen bieden, juist omdat met de Omgevingswet de strikte eisen worden losgelaten die momenteel aan het bestemmingsplan worden gesteld.

## **7 Conclusie**

In de jurisprudentie worden zware eisen gesteld aan de inhoud van het bestemmingsplan, mede vanwege de functie die zo'n plan moet vervullen als toetsingsgrond binnen het limitatief-imperatief toetsingskader voor de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk. Juist deze combinatie van bestemmingsplan en limitatief-imperatief stelsel zorgt ervoor dat het bestemmingsplan een initiatiefnemer veel rechtszekerheid biedt, niet alleen bij het realiseren van een vorm van ruimtegebruik, maar ook bij de instandhouding daarvan. De rechtszekerheid die het bestemmingsplan verleent is dan

---

29 De stelling in de Nota van Toelichting bij het Omgevingsbesluit dat met het standaardovergangsrecht een zwaardere motiveringsplicht zou ontstaan om een afwijkende regeling vast te stellen, deel ik niet. Die zware motiveringsplicht vloeit niet voort uit het standaardovergangsrecht, maar uit de verplichting om bestaande rechten van burgers te respecteren. Ook op terreinen waar standaardovergangsrecht ontbreekt, dient een draagkrachtige motivering te worden gegeven als afbreuk wordt gedaan aan bestaande rechten. Hierbij kan worden gedacht aan het intrekken van een omgevingsvergunning milieu.

30 Brouwer en Rademaker, a.w., par. 5.

ook niet gelegen in het voorkomen van onvoorziene ontwikkelingen, maar in het faciliteren van ontwikkelingen die op voorhand wenselijk worden geacht met het oog op de ruimtelijke structuur die de gemeenteraad wil realiseren.

Deze rechtszekerheid dreigt verloren te gaan door verschillende veranderingen die de wetgever met de Omgevingswet wil doorvoeren. Veranderingen die in dit kader van belang zijn, zijn de knip in de omgevingsvergunning voor het bouwen, de mogelijkheid om een nader afwegingsmoment te bieden in de bouw- en gebruiksregels in het omgevingsplan, het vervangen van de opdracht om een goede ruimtelijke ordening tot stand te brengen door de voorwaarde dat sprake moet zijn van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, het doorschuiven van onderzoeksverplichtingen en het afschaffen van standaard overgangsrecht.

Gelet op het belang van de rechtszekerheid in het economisch verkeer, denk ik dat er beter moet worden stilgestaan bij de wenselijkheid van deze ontwikkelingen. Voor zover daar in het wetgevingsproces geen ruimte meer voor is, zal de Afdeling bestuursrechtspraak in haar jurisprudentie knopen moeten doorhakken. Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat wordt vastgehouden aan de jurisprudentie dat geen sprake mag zijn van een nader afwegingsmoment bij de beoordeling van een bouwplan, dat een goede functietoedeling aan locaties impliceert dat in objectieve zin en zonder deskundigenadvies duidelijk is welke (bouw)activiteit op perceelsniveau aanvaardbaar is en dat bestaand legaal gebruik in beginsel mag worden voortgezet, ook als vergissingen zijn gemaakt en het overgangsrecht niet adequaat is geformuleerd.



# De algemene zorgplicht van artikel 1a Woningwet

## Nu en onder de Omgevingswet

*Mr. H.C.W.M. (Eric) Moesker*

### 1 Inleiding

Met ingang van 1 april 2007 werd een nieuw artikel 1a in de Woningwet opgenomen. Dit artikel was onderdeel van een samenhangend pakket wijzigingen in de Woningwet dat verband hield met het verbeteren van de naleving, de handhaving en de handhaafbaarheid van de bouwregelgeving. Het artikel bevatte een nieuwe en algemene zorgplicht. Deze zorgplicht strekte er toe dat er geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid bestaat of voortduurt als gevolg van de staat van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein, als gevolg van het bouwen, het gebruik of het slopen van een bouwwerk of standplaats, dan wel als gevolg van het gebruik van een open erf of terrein. De zorgplicht was mede een vangnetbepaling, gericht op het tegengaan of beëindigen van gevaarzettende situaties, die steeds naast andere op grond van de Woningwet van kracht zijnde voorschriften van toepassing is. Het opnemen van een zorgplicht beoogde ook de eigen verantwoordelijkheid van de burger beter in de wet tot uiting te brengen. In 2010 en in 2015 werd artikel 1a gewijzigd.

In deze bijdrage zal nagegaan worden of artikel 1a Woningwet nodig was in systeemtechnisch opzicht en of in de praktijk gebleken is dat het in een behoefte voorzag. Daarbij zal met name gekeken worden naar de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS) en waar nuttig naar de literatuur. Ook zal stilgestaan worden bij toekomstige regelgeving te weten de Omgevingswet en een van de op deze wet gebaseerde algemene maatregelen van bestuur, te weten het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl), waarbij met name bezien zal worden wat de relatie is tussen het Bbl en de Omgevingswet waar het de specifieke en de algemene zorgplicht betreft.

### 2 Woningwet

#### 2.1 Artikel 1a Woningwet per 1 april 2007

Het oorspronkelijke uit twee leden bestaande artikel 1a Woningwet werd in 2007 als volgt in het *Staatsblad*<sup>1</sup> gepubliceerd:

---

<sup>1</sup> *Stb.* 2007, 27.

1. De eigenaar van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen draagt er zorg voor dat als gevolg van de staat van dat bouwwerk, die standplaats, dat open erf of terrein geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt.
2. Een ieder die een bouwwerk of standplaats bouwt, gebruikt, laat gebruiken of sloopt, dan wel een open erf gebruikt of laat gebruiken, draagt er, voor zover dat in diens vermogen ligt, zorg voor dat als gevolg van dat bouwen, gebruik of slopen geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt.

De in het eerste lid van het voorgestelde artikel 1a opgenomen zorgplicht met betrekking tot de staat van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein geldt voor zowel de eigenaar daarvan als eenieder die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen. Gezien de aard van het te beschermen belang is de werking van de zorgplicht zoveel mogelijk geobjectiveerd aan de hand van hetgeen in een bepaald geval vereist is om geen gevaar voor de gezondheid of de veiligheid te laten ontstaan of voortduren en is die werking niet afhankelijk van meer subjectieve kwaliteiten of eigenschappen, gelegen in de persoon van de eigenaar of beheerder.

De zorgplicht als opgenomen in het tweede lid regardeert een ieder die een bouwwerk of standplaats bouwt, gebruikt of sloopt, dan wel een open erf of terrein gebruikt. De zorgplicht maakt expliciet dat op deze personen een specifieke verantwoordelijkheid rust om er voor te zorgen, voorzover dat in hun vermogen ligt, dat er geen gevaar voor de gezondheid of de veiligheid ontstaat dan wel voortduurt. Het opnemen van deze zorgplicht sluit ook aan op de actie uit het kabinetsstandpunt Nieuwjaarsbrand (Volendam)<sup>2</sup> om de eigen verantwoordelijkheid van de burger beter in de wet tot uiting te brengen.

De zorgplicht heeft zelfstandige betekenis naast de verplichting om te voldoen aan de overige bij en krachtens de Woningwet gestelde voorschriften en zal naar verwachting met name in (een beperkt aantal) bijzondere gevallen een toegevoegde waarde hebben naast die voorschriften.

Evenals die aanschrijfgroondslag biedt de zorgplicht een basis voor een optreden tegen situaties waarin sprake is van een (dreigend) gevaar voor de gezondheid of veiligheid, ook indien daarbij (nog) geen sprake is van strijd met andere bij of krachtens de Woningwet gegeven voorschriften. Maatregelen gericht op het voorkomen dan wel beëindigen van gevaar voor de gezondheid of veiligheid kunnen ook (tijdelijke) beheers- of ordemaatregelen zijn naast meer permanente of eindmaatregelen.

Aan een vangnet bleek ook behoefte omdat niet alle denkbare situaties vooraf in regelgeving kunnen worden ondervangen en dit ook het streven naar deregulering en vereenvoudiging van de bouwregelgeving zou kunnen frustreren.

Overtreding van de zorgplicht in artikel 1a Woningwet is strafbaar gesteld onder 2°, van de WED, omdat door middel van strafrechtelijke handhaving adequaat kan worden ingegrepen in situaties van ernstige gevaarzetting. Het gaat daarbij voorts om subjectieve (functionele) kwaliteiten die samenhangen met de functie of verantwoordelijkheid en bevoegdheid van een bepaalde persoon, en niet zozeer om subjectieve (persoonlijke)

---

2 *Kamerstukken II 2000/2001, 27 575, nr. 5.*

eigenschappen of hetgeen een bepaalde persoon wist of had kunnen weten. Het begrip gevaar voor de gezondheid of veiligheid heeft een ruime betekenis en omvat gevaar voor de gezondheid of veiligheid van personen en dieren alsmede gevaar voor de veiligheid van goederen.<sup>3</sup>

## 2.2 Artikel 1a Woningwet per 1 oktober 2010

In 2010 vinden, als gevolg van een beleidswijziging inzake standplaatsen, enkele technische aanpassingen plaats in artikel 1a Woningwet.<sup>4</sup> In het eerste lid vervallen «, standplaats» en «die standplaats, dat». In het tweede lid vervalt: of standplaats.

## 2.3 Artikel 1a Woningwet per 1 januari 2015

In 2015<sup>5</sup> wordt aan artikel 1a Woningwet een nieuw lid toegevoegd, dat als volgt luidt:

3. De eigenaar van een bouwwerk of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen onderzoekt, of laat onderzoek uitvoeren naar, de staat van dat bouwwerk, voor zover dat bouwwerk behoort tot bij ministeriële regeling vast te stellen categorieën bouwwerken waarvan is vast komen te staan dat die een gevaar voor de gezondheid of de veiligheid kunnen opleveren. Bij ministeriële regeling worden voorschriften gegeven omtrent het onderzoek.

Met het nieuwe derde lid bij artikel 1a Woningwet wordt het artikel aangevuld met een onderzoeksplicht.<sup>6</sup> Eigenaren van bouwwerken worden verplicht onderzoek te doen of onderzoek te laten doen naar de staat van dat bouwwerk. Het gaat hierbij om goed af te bakenen categorieën bouwwerken waarvan uit onderzoek is gebleken dat evidente veiligheids- of gezondheidsrisico's aanwezig zijn of kunnen ontstaan. Voor dergelijke bouwwerken is het gewenst dat landelijk wordt voorgeschreven dat bij soortgelijke bouwwerken onderzoek plaatsvindt of het betreffende gevaar zich in het concrete geval daadwerkelijk bij het betreffende bouwwerk voordoet. In een ministeriële regeling worden de categorieën bepaald en worden nadere voorschriften gegeven met betrekking tot het onderzoek.<sup>7</sup> Een regeling als genoemd is evenwel niet tot stand gekomen.<sup>8</sup>

## 2.4 Conclusie

Systeem-technisch is er met het opnemen van een algemene zorgplicht in artikel 1a van de Woningwet, gelet op de daaraan ten grondslag liggende motivering, sprake van een verdedigbare keuze van de wetgever. Principiële bezwaren<sup>9</sup> tegen een algemene zorg-

3 *Kamerstukken II* 2003/04, 39 392, nr. 3, p. 2-3, p. 8-10 en 25-27.

4 *Stb.* 2010, 142.

5 *Stb.* 2014, 249.

6 Zie over het belang van een onderzoeksplicht i.v.m. de bewijslast G.J. van Leeuwen: Bestuursrechtelijke handhaving bouw: bestaande bouw (I), Bouwregels in de praktijk, mei 2014, p. 9-10.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 798, nr. 3, p. 22.

8 Vermelding verdient ook nog artikel 17 Woningwet dat betrekking heeft op herhaaldelijke overtreding van artikel 1a (en 1b) Woningwet. Het bevoegd gezag kan in dat geval overgaan tot sluiting van het gebouw, open erf of terrein en de sluitingstermijn bepalen.

9 Zie vooral J.M.H.F. Teunissen: De herziening van de Woningwet op het punt van de handhaafbaarheid en de handhaving. Een verwerptelijk wetsvoorstel; *NJB* 2004, nr. 9, p. 423. Zie ook M. Vols:



plicht, met name uit een oogpunt van rechtszekerheid (*lex certa*), heeft de wetgever evenwel naast zich neergelegd heeft.

### 3 Jurisprudentie

#### 3.1 Algemeen

Zoeken in o.a. het digitale register van de Raad van State naar uitspraken waarbij de zorgplicht van artikel 1a Woningwet (als trefwoorden) een rol speelt, levert vanaf 1 januari 2009 tot 1 maart 2019<sup>10</sup> een twintigtal uitspraken op van de Afdeling bestuursrechtspraak. Die uitspraken zullen hierna chronologisch, per jaar, vermeld worden waarna afgesloten zal worden met een conclusie t.a.v. rol en betekenis van artikel 1a Woningwet in de betreffende jurisprudentie:<sup>11</sup>

##### *a. Amersfoort*

Allereerst de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder te noemen de Afdeling) van 12 augustus 2009 inzake Amersfoort (ECLI:N.L:RVS:2009:BJ5060). De zaak betrof het verzoek van een derde-belanghebbende om handhavend op te treden tegen een zonder bouwvergunning geplaatst tuinhuis.

##### *b. Amersfoort*

Vervolgens de uitspraak van de Afdeling van 12 augustus 2009 eveneens inzake Amersfoort (ECLI:NL:RVS:2009:BJ5063) die dit keer ging over een afgewezen verzoek handhavend op te treden ten aanzien van een als erfafscheiding geplaatste stenen muur.

##### *c. Amersfoort*

Dan een uitspraak van de Afdeling van 28 oktober 2009 opnieuw inzake Amersfoort (ECLI:NL:RVS:2009:BK1374) die betrekking had op een aanschrijving die inhield op een perceel ontstaan verzakkingsgevaar vanwege verrichte graafwerkzaamheden weg te nemen en weg te houden.

##### *d. Amersfoort*

In de uitspraak van de Afdeling van 7 april 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BM0179) betreft het wederom een geval dat zich in Amersfoort afspeelt en betrekking heeft op eveneens een aanschrijving in verband met verzakkingsgevaar vanwege graafwerkzaamheden.

---

Woonoverlast en het recht op privéleven. De aanpak van overlastveroorzakers in Nederland, Engeland, Wales en België, 2013, diss. p. 99.

10 Datum afsluiting van deze bijdrage.

11 Op mogelijke jurisprudentie van de burgerlijke en strafrechter wordt niet ingegaan.

*e. Rotterdam / deelgemeente Feyenoord.*

De uitspraak van de Afdeling van 10 november 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BO3470) inzake Rotterdam / deelgemeente Feyenoord is er een van de vele die betrekking heeft op een aanschrijving tot ontmanteling van een hennepkwekerij.

*f. Rotterdam / deelgemeente Delfshaven*

De uitspraak van de Afdeling van 9 februari 2011 inzake Rotterdam / Delfshaven (LJN BP 3715, zaaknr. 201005927/1/H1) heeft eveneens betrekking op de ontmanteling van een hennepkwekerij.

*g. Rotterdam / deelgemeente Feyenoord*

De uitspraak van de Afdeling van 19 oktober 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BT8557) inzake Rotterdam / deelgemeente Feyenoord heeft opnieuw betrekking op een aanschrijving tot ontmanteling van een hennepkwekerij.

*h. Rotterdam / deelgemeente Kralingen-Crooswijk*

De uitspraak van de Afdeling van 19 oktober 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BT8582) inzake Rotterdam / deelgemeente Kralingen-Crooswijk ziet ook op een aanschrijving tot ontmanteling van een hennepkwekerij.

*i. Rotterdam - deelgemeente Hoogvliet*

De uitspraak van de Afdeling van 2 november 2011 inzake Rotterdam - Hoogvliet (ECLI:NL:RVS:2011:BU3131) ging opnieuw over de ontmanteling van een hennepkwekerij in een woning.

*j. Westland*

Dan de uitspraak van de Afdeling van 22 februari 2012 inzake Westland (ECLI:NL:RVS:2012:BV6520). Het betrof hier de situatie dat het verboden werd toegang te verschaffen tot een winkelcentrum een daarbij behorend terrein te 's-Gravenzande i.v.m. asbest.

*k. Zundert*

In de uitspraak van de Afdeling van 1 augustus 2012 inzake Zundert (ECLI:NL:RVS:2012:BX3247) is sprake van spoedeisende bestuursdwang ten aanzien van hennepkwekerijen in vijf kampeermiddelen op een recreatiepark te Rijsbergen.

*l. Amstelveen*

De uitspraak van de Afdeling van 11 september 2013 inzake Amstelveen (ECLI:NL:RVS:2013:1089) ECLI:NL:RVS:2013:1089 heeft betrekking op gelast onderzoek naar de bouwkundige staat van een woning en de deugdelijkheid van de elektrische installatie.

*m. Den Helder*

In de uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling van 28 maart 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:1188) inzake Den Helder gaat het om de aanschrijving om een damwand te vernieuwen dan wel te herstellen.

*n. Heeze Leende*

De uitspraak van de Afdeling van 18 juni 2014 inzake Heeze Leende (ECLI:NL:RVS:2014:2242) betrof een situatie waarbij sprake was van bodemverontreiniging en asbest.

*o. Maasgouw*

In de uitspraak van de Afdeling van 20 april 2016 inzake Maasgouw (ECLI:NL:RVS:2016:1065) ging het om een gelijklopende lasten onder bestuursdwang van de provincie Limburg en de gemeente Maasgouw inhouden dat op een bedrijfsterrein te Heel aanwezige afvalstoffen moeten worden verwijderd.

*p. Waalwijk*

De uitspraak van de Afdeling van 1 februari 2017 inzake Waalwijk (ECLI:NL:RVS:2017:268) heeft betrekking op een verzoek om handhavend op te treden ten aanzien van parkeerhinder.

*q. Goirle*

Vermelding verdient ook de uitspraak van de Afdeling van 19 april 2017 inzake Goirle (ECLI:NL:RVS:2017:1067). Het college van burgemeester en wethouders besloot spoedeisende bestuursdwang toe te passen met betrekking tot een pand waarin scheurvorming optrad.

*r. Gouda*

In de uitspraak van de Afdeling van 18 oktober 2017 inzake Gouda (ECLI:NL:RVS:2017:2830) ging het om het toepassen van spoedeisende bestuursdwang om aanwezige chemische stoffen in een woning te verwijderen.

*s. Maasgouw*

Van meer recente datum is de uitspraak van 16 maart 2018 van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake wederom inzake Maasgouw (ECLI:NL:RVS:2018:905). Het betrof een aanschrijving door het college van burgemeester en wethouders tot het verwijderen van afval van een terrein.

*t. Amsterdam*

Dan de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 19 september 2018 inzake Amsterdam (ECLI:NL:RVS:2018:3068). Het betrof een aanschrijving tot het staken van het gebruik van gedeelten van een pand als logiesverblijf/hotel.

*u. Zaltbommel*

Ook vermelding verdient de uitspraak van de Afdeling van 18 november 2018 inzake Zaltbommel (ECLI:NL:RVS:2018:804 ECLI:NL:RVS:2018:804). Het ging hierbij om de bestrijding van brand in opgeslagen afvalstoffen in een bedrijfshal.

*v. Veendam*

Dan de uitspraak van de Afdeling van 9 januari 2019 inzake Veendam (ECLI:NL:RVS:2019:50) die betrekking had op de verbetering van het binnenklimaat in een school.

*w. Nuenen, Gerwen en Nederwetten*

Tenslotte de uitspraak van de Afdeling van 27 februari 2019 inzake Nuenen, Gerwen en Nederwetten (ECLI:NL:RVS:2019:622) inzake de aanwezigheid van een uitgebrand voertuig met drugsafval op een weiland.

### 3.2 Conclusie

De hiervoor weergegeven uitspraken overziende kan samengevat en herleid tot de constituerende bestanddelen van artikel 1a van de Woningwet het volgende beeld geschetst worden:

- In zijn algemeenheid beweegt de Afdeling zich binnen de lijnen die voortvloeien uit de tekst van artikel 1a Woningwet en, voorzover nodig, de daarop destijds door de regering gegeven toelichting. Illustratief in dat verband is bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 19 april 2017 inzake Goirle (zie hiervoor sub q), waarin het volgende overwogen werd:

2.2. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 7 april 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BM0179) is in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1a van de Woningwet (Kamerstukken II, 2003/04, 29 392, nr. 3, blz. 21 en 26) vermeld dat dit artikel als vangnet dient en dat deze vangnetfunctie inhoudt dat de zorgplicht voorziet in gevallen die niet expliciet zijn geregeld bij of krachtens de Woningwet, hetgeen aansluit bij soortgelijke bepalingen als opgenomen in artikel 1.1a van de Wet milieubeheer, artikel 13 van de Wet bodembescherming en artikel 2 van de Wet milieugevaarlijke stoffen. Gelet hierop en op de algemene termen waarin de zorgplicht is verwoord, moet artikel 1a, eerste lid, van de Woningwet aldus worden verstaan dat handhavend optreden op die grondslag eerst aan de orde komt indien in het desbetreffende geval geen bij of krachtens de Woningwet gegeven voorschrift van meer specifieke aard valt aan te wijzen op grond waarvan in afdoende mate kan worden opgetreden ter voorkoming of beëindiging van het geconstateerde gevaar.

Zoals de Afdeling eveneens eerder heeft overwogen, in de uitspraak van 18 november 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3550), volgt uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling voorts dat de aard en omvang van het gevaar bepalend zijn voor de te treffen maatregelen en voor hetgeen in een bepaald geval mag worden verwacht. Dit kunnen naast definitieve (eind)maatregelen ook tijdelijke beheersmaatregelen zijn in geval van een acuut gevaar. De maatregelen moeten objectief gezien geschikt zijn om het gevaar te voorkomen of te beperken.

- De vraag lijkt op zijn plaats of in bepaalde gevallen niet te snel geconstateerd wordt dat er geen ander voorschrift aanwijsbaar is dat overtreden wordt, met name artikel 1b Woningwet<sup>12</sup>, of dat er op dat punt onduidelijkheid bestaat (zie bijv. opnieuw sub q).
- Met name de aspecten spoedeisendheid en proportionaliteit blijken belangrijk criteria te zijn om artikel 1a Woningwet als wettelijke reden voor handhavend optreden toch te kunnen hanteren (zie bijv. sub d en j).
- Wie bevoegd, respectievelijk verplicht is is om handelend op te treden wordt door de Afdeling structureel nagegaan (zie bijv. sub h en w).
- De onderzoeksplicht voor degene die bevoegd is krijgt het vereiste accent (zie bijv. sub s).
- In gevallen van spoedeisendheid wordt de relatie van artikel 1a Woningwet met de artikelen 5:31 (spoedeisendheid) en 5:24 Awb niet uit het oog verloren (zie bijv. sub r).
- Gelet op de enorme hoeveelheid jurisprudentie van de Afdeling is het aantal uitspraken waarbij artikel 1a Woningwet een rol speelt betrekkelijk gering zodat in dit opzicht de oorspronkelijke verwachting van de regering bewaarheid is.

## **4 Handhavingspraktijk**

### **4.1 Algemeen**

Bestond er in de handhavingspraktijk behoefte aan een regeling als verwoord in artikel 1a Woningwet? De regering heeft dat destijds als volgt toegelicht. Op 14 december 2000 was, samen met de VNG, het actieprogramma «Handhaving Bouwregelgeving» vastgesteld. Directe aanleiding voor het actieprogramma waren de uitkomsten van het inspectierapport bouwregelgeving 1999 van de toenmalige Inspectie Volkshuisvesting. Dit rapport schetste een gebrekkige uitvoeringspraktijk van het gemeentelijke bouw en woningtoezicht. Om deze praktijk te verbeteren, bevat het actieprogramma een samenhangend pakket maatregelen. Het gaat hier om acties die primair zijn gericht op het stimuleren en faciliteren van de gemeentelijke handhaving, maar ook om wettelijke maatregelen waarmee in het uiterste geval kan worden afgedwongen dat gemeenten hun handhavingstaken op het terrein van de bouwregelgeving beter oppakken.<sup>13</sup>

### **4.2 Conclusie**

Gelet op de hiervoor weergegeven jurisprudentie kan geconstateerd worden dat er door het bevoegd gezag relatief spaarzaam gebruik gemaakt wordt van artikel 1a Woningwet. Opvallend is in de periode rond 2011 het aantal uitspraken inzake het ontmantelen van

---

<sup>12</sup> Zie eerder ook M. Vols: De Woningwet en de nieuwe sloppen. Bestrijding woonoverlast 2012, *TBR* 2012, nr. 138, p. 476; R.Smith: Zorgplicht en brandveiligheid, p. 107, handboek Beveiliging Totaal 2012; zie ook P.M.J. de Haan: De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht. Constructieve veiligheid nader beschouwd, diss. 2017, p. 85; zie in dit verband tevens de noot van A. Snijders onder ABRvS 24 oktober 2018 inzake Nijmegen (ECLI:NL:RVS:2018:3493), *Gst.* 2019/7486, nr. 46, waar in hij ingaat op artikel 7.22 Bouwbesluit.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 39 392, nr. 3, p. 1-2.

hennepkwekerijen (zie sub e t/m i en k). De vangnetfunctie van artikel 1a Woningwet vervulde daar voor het handhavend bevoegd gezag blijkbaar een nuttige rol. In het oog springt tenslotte ook het aantal gevallen waarbij met name brandveiligheid (l, o, r, s, t, u, en w), instortingsgevaar (c, d, l, m, q) of asbest<sup>14</sup> (j en n) een rol speelden.

## 5 Toekomstige regelgeving

In de inleiding is aangekondigd dat ook stilgestaan zal worden bij toekomstige regelgeving te weten de Omgevingswet en een van de op deze wet gebaseerde algemene maatregelen van bestuur, te weten het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl)<sup>15</sup>.

### 5.1 Omgevingswet

Relevant zijn, gelet op het onderwerp van deze bijdrage, allereerst de artikelen 1.6 t/m 1.8 van de Omgevingswet<sup>16</sup>, te vinden in Hoofdstuk I Algemene bepalingen, Afdeling 1.3 Zorg voor de fysieke leefomgeving:

#### *Artikel 1.6 (zorgplicht voor een ieder)*

Een ieder draagt voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving.

#### *Artikel 1.7 (activiteit met nadelige gevolgen)*

Een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, is verplicht:

- a. alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen,
- b. voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen: die gevolgen zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken,
- c. als die gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt: die activiteit achterwege te laten voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevraagd.

#### *Artikel 1.8 (verhouding tot specifieke regels)*

Aan de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 1.6 en 1.7, wordt in ieder geval voldaan, voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet, en die regels worden nageleefd.

Allereerst worden de artikelen 1.6 en 1.7. besproken. Het is de verwachting, aldus merkt de regering - evenals voorheen - op, dat de zorgplicht in de praktijk een beperkte, maar nuttige functie zal vervullen bij het waarborgen van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit. De vangnetfunctie van de voorgestelde

14 Zie over artikel 1a Woningwet en asbestbestrijding ook P. Huijbregts en J. Bekke: Asbestregelgeving vanuit ruimtelijke perspectief, *Praktijk Omgevingsrecht*, 2017, nr. 4, p. 151-152.

15 De toekomstige Omgevingsregeling is de ministeriële regeling bij de Omgevingswet. Hierin staan de regels voor het gebruik van de wet en de AMvB's in de praktijk. Ook dus regels over uitvoering van het Bbl. Een aantal uitvoeringstechnische, administratieve en meet- en rekenregels voor het verrichten van bouwactiviteiten en het gebruik en in stand houden van bouwwerken is opgenomen in hoofdstuk 5 van de Omgevingsregeling. De consultatieversie werd gepubliceerd op 1 februari 2019. Zie Overheid.nl/Beleid & regelgeving/Internetconsulta-tie/Omgevingsregeling.

16 *Stb.* 2016, 156.

zorgplicht en de ervaringen met de bestaande zorgplichten voor onderdelen van de fysieke leefomgeving in de huidige wetgeving, waarop is voortgebouwd, rechtvaardigen de verwachting dat van de artikelen 1.6 en 1.7 geen groter juridiserend effect zal uitgaan dan van de huidige zorgplichtbepalingen in afzonderlijke wetten.

De reikwijdte van de zorgplicht wordt via de werking van artikel 1.4 Omgevingswet (inhoudende dat de Omgevingswet niet van toepassing is op onderwerpen met betrekking tot de fysieke leefomgeving of onderdelen daarvan, die bij of krachtens een andere wet uitputtend zijn geregeld, tenzij uit de bepalingen van deze wet anders blijkt) begrensd door specifiekere regelgeving over de fysieke leefomgeving. Daarmee is de reikwijdte breder dan de reikwijdte van de zorgplichten van de huidige wetgeving. Ten eerste omvat de zorgplicht meer onderdelen van de fysieke leefomgeving: naast het milieu (Wet milieubeheer), bouwwerken (Woningwet), de bodem (Wet bodembescherming en Waterwet) en natte rijkswaterstaatswerken (Waterbesluit) geldt de zorgplicht ook voor infrastructuur en andere watersystemen. Op de tweede plaats is er een thematische verbreding. De zorgplicht voor bouwwerken omvat niet langer alleen de veiligheid en gezondheid - zoals in de huidige Woningwet - maar ook de omgevingskwaliteit van die bouwwerken. Tot slot dekt de zorgplicht de veiligheid van de fysieke leefomgeving in de volle breedte, terwijl op dit moment alleen een zorgplicht bestaat voor de veiligheid van bouwwerken en het milieu.

Voor een aantal onderwerpen is een concretere omschrijving van de zorgplicht gewenst. Dat geeft degenen die activiteiten in de fysieke leefomgeving uitvoeren meer houvast over de inhoud van de zorgplicht. Soms kan het daarbij nodig zijn de volgorde in de redenering aan te scherpen ten opzichte van de algemene zorgplicht. Zo zou het nalaten van activiteiten voorop kunnen staan als deze een onomkeerbare aantasting van onderdelen van de fysieke leefomgeving tot gevolg kunnen hebben.

Het is niet mogelijk, noch wenselijk, alle theoretisch mogelijke activiteiten te reguleren. De algemene zorgplicht fungeert als vangnet, aldus de regering. Ook dat klinkt bekend in de oren, gelet op de huidige regelgeving. Het vangnet is vooral van belang bij activiteiten of gevolgen van activiteiten die onmiskenbaar in strijd zijn met de zorgplicht, maar die niet nader zijn gereguleerd omdat de wetgever ze niet heeft voorzien.

De artikelen 1.6 en 1.7 hebben een zeer brede reikwijdte en vormen een open norm. Daarom lenen de bepalingen zich niet voor strafrechtelijke handhaving. Verder heeft het bevoegd gezag de mogelijkheid om maatwerkvoorschriften vast te stellen.

De gekozen formulering van de zorgplicht wijkt af van de formulering in de huidige milieuwetgeving, zoals de zorgplicht van artikel 1.1a van de Wet milieubeheer. Daarin staat het nalaten van een activiteit met gevolgen voor het milieu voorop in de opsomming, nog vóór het voorkomen of beperken van de gevolgen van een activiteit. Een dergelijke invulling van de zorgplicht sluit, volgens de regering, niet aan bij de praktijk, noch bij de doelen van de wet. Uitgangspunt bij de formulering van de zorgplicht is dat activiteiten in beginsel kunnen plaatsvinden («ja, mits» en geen «nee, tenzij»). Een ander punt waarop de formulering afwijkt, is dat niet langer is opgenomen dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn nalaten nadelige gevolgen optreden, maatregelen moet nemen. De zorgplicht van artikel 1.7 geldt onverkort voor degene die een activiteit verricht, en daarbij nalaat dat te doen wat nodig is om gevolgen voor de fysieke

leefomgeving te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. De nu voorgestelde formulering impliceert echter geen zorgplicht voor derden die geen activiteit verrichten, maar die wel in de positie zijn om in te grijpen om gevolgen van activiteiten van anderen of van natuurverschijnselen te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. Die «burgerplicht» komt voldoende tot uitdrukking in artikel 1.6. De andere formulering heeft geen betekenis voor de toepassing van de zorgplichtbepalingen bij handhaving, waarbij de activiteit in de meeste gevallen al is of wordt verricht.<sup>17</sup>

Vervolgens artikel 1.8. In dit artikel wordt de verhouding tussen de zorgplichten in de artikelen 1.6 en 1.7 tot andere regels of voorschriften die over een activiteit met de maatschappelijke doelen van de Omgevingswet zijn gesteld, verduidelijkt. Het voorziet erin dat voor zover met betrekking tot een activiteit met het oog op die doelen andere, meer specifieke regels gelden die worden nageleefd, daarmee ook is voldaan aan de zorgplichten. Die specifieke regels moeten zijn gesteld «bij wettelijk voorschrift of besluit». Hiertoe behoren alle specifieke regels of voorschriften die zijn gesteld krachtens de Omgevingswet, in of krachtens een andere wet of in autonome regelgeving van decentrale overheden. De specifieke regels kunnen ook een meer specifieke zorgplicht inhouden.<sup>18</sup>

## 5.2 Besluit bouwwerken leefomgeving

Via artikel 4.3. eerste lid van de Omgevingswet (dat bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over genoemde activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving) komen we terecht bij het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) dat eveneens wel in het Staatsblad is gepubliceerd<sup>19</sup>, maar evenals de Omgevingswet nog niet in werking is getreden. Nagegaan zal worden, zoals in de Inleiding is aangegeven, wat met name de relatie is tussen het Bbl en de Omgevingswet, waar het betreft de specifieke zorgplicht en algemene zorgplicht.<sup>20</sup>

Het Bbl bevat algemene regels. Bij activiteiten die direct betrekking hebben op het handelen van mensen, zoals het gebruik en onderhoud van bouwwerkinstallaties, brandveilig gebruik van bouwwerken en het daadwerkelijk uitvoeren van bouw- en sloopwerkzaamheden, zijn die regels gecombineerd met een specifieke zorgplicht. In de hoofdstukken 4 en 5, waarin concrete regels over het product «bouwwerk» zijn opgenomen, zijn geen specifieke zorgplichten opgenomen. Zo'n zorgplicht is bij die regels niet nodig omdat de regels van dit besluit waarmee technische eisen aan het product «bouwwerk» worden gesteld, op zich al voldoende zijn voor het bereiken van de technische kwaliteit die bouwwerken vanuit oogpunt van veiligheid, gezondheid, duurzaamheid en bruikbaarheid minimaal moeten hebben. Om ook te voorkomen dat het streven naar deregulering en vereenvoudiging van de bouwregelgeving gefrustreerd wordt is in hoofdstuk 3 van het Bbl een specifieke zorgplicht opgenomen. De specifieke zorgplichten in de hoofdstukken 2 (algemene bepalingen), 3 (bestaande bouw), 6 (gebruik bouwwerken) en 7 (bouw en sloop) borduren voort op de algemene zorgplicht in de wet, maar zijn concreter.

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 66-72 en 395.

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 395.

19 *Stb.* 2018, 291.

20 Van een specifieke zorgplicht is ook sprake in het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), *Stb.* 2018, 293. Zie artikel 2.11. Daar wordt hier verder niet op ingegaan.



Ten eerste zijn de specifieke zorgplichten beperkt tot expliciet benoemde activiteiten en oogmerken die tot het toepassingsbereik van de betreffende activiteit in dit besluit behoren. Ten tweede bevatten de specifieke zorgplichten een nadere omschrijving van het soort maatregelen die degene die de activiteit verricht met het oog op de genoemde oogmerken in ieder geval moet nemen. De omschrijving van de te nemen maatregelen sluit aan bij de strekking van de algemene regels, zoals die zijn opgenomen in de wet. Waar mogelijk is deze strekking verder uitgewerkt en meer in detail aangegeven ten opzichte van de wet. In de wet is immers alleen opgenomen wat de algemene regels in ieder geval moeten inhouden. Dit maakt het mogelijk de strekking van de algemene regels aan te vullen, zodat de inhoud van de specifieke zorgplicht voor degene die de activiteit verricht nog duidelijker is.

Wat betreft de verhouding van de specifieke zorgplicht tot de overige regels zijn in dit besluit drie mogelijkheden te onderscheiden:

1. de specifieke zorgplicht treedt niet terug als in het besluit ook concrete regels zijn gesteld,
2. de specifieke zorgplicht geldt ook voor vergunningplichtige activiteiten, en
3. de specifieke zorgplicht is zowel bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhaafbaar gesteld.

Ad 1. De regels in dit besluit omschrijven de essentie van de maatregelen die degene die de activiteit verricht moet nemen. Er is van afgezien om die maatregelen tot in detail uit te schrijven, ook om de omvang van het regelbestand te beperken. Vanwege de keuze voor inzet van specifieke zorgplichten in de hoofdstukken 2, 3, 6 en 7 zijn in dit besluit geen bepalingen opgenomen die vergelijkbaar zijn met artikel 1.8 van de wet. In dat artikel is geregeld dat de algemene zorgplicht «terugtreedt» wanneer er specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet en die regels worden nageleefd. Voor de specifieke zorgplicht is zo'n regeling niet gewenst. De specifieke zorgplicht blijft van kracht, ook als er concrete regels zijn gesteld ter behartiging van de belangen binnen de reikwijdte van de algemene regels. Degene die de activiteit verricht blijft gehouden om de zorgplicht na te leven en die maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden verlangd om nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving te voorkomen of te beperken. In het algemeen zal het naleven van de regels van de hoofdstukken 2, 3, 6 en 7 al voldoende zijn om nadelige effecten bij het verrichten van de betreffende activiteiten te voorkomen en heeft de specifieke zorgplicht daarnaast beperkte betekenis. Maar wanneer degene die de activiteit verricht bepaalde handelingen uitvoert (of nalaat) waarvan ieder redelijk denkend mens kan weten dat daardoor nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving kunnen ontstaan die eenvoudig voorkomen hadden kunnen worden, heeft de specifieke zorgplicht wel betekenis.

Ad 2. Voor de in dit besluit geregelde activiteiten bestaat op grond van de Omgevingswet alleen een vergunningplicht voor de bouwactiviteit, voor zover die activiteit in dit besluit als vergunningplichtig is aangewezen. Aan die vergunning kunnen voorschriften over het daadwerkelijk uitvoeren van de bouwwerkzaamheden worden verbonden. Ook daarbij zullen niet altijd door middel van een allesomvattend voorschriftenpakket alle gevolgen voor de fysieke leefomgeving kunnen worden afgedekt. Dit wordt nog versterkt door het feit dat de vergunningplicht in toenemende mate alleen wordt ingezet voor de

complexe situaties. Ook bij vergunningplichtige gevallen kan daarom een specifieke zorgplicht niet altijd gemist worden om adequate bescherming van de leefomgeving te waarborgen. In dit besluit is er daarom voor gekozen om de specifieke zorgplicht voor het daadwerkelijk uitvoeren van bouwwerkzaamheden ook van toepassing te laten zijn op het uitvoeren van vergunningplichtige bouwactiviteiten. De specifieke zorgplicht is daarmee op te vatten als een norm waaraan steeds moet worden voldaan, zowel bij algemeen geregelde activiteiten als bij vergunningplichtige activiteiten. De keuze om de specifieke zorgplicht vast te stellen als algemene norm die altijd geldt, ondersteunt de praktijk waarin de algemene regels en de vergunning alleen ingaan op de belangrijkste onderwerpen. De vergunning hoeft dan bijvoorbeeld niet meer voor alle mogelijke gevolgen van de activiteit concrete voorschriften te bevatten; voor minder belangrijke aspecten of effecten fungeert de zorgplicht als een vangnet.

Ad 3. Gelet op bovenbeschreven rol die deze zorgplicht speelt zou het niet logisch zijn om juist in de gevallen waarin onmiskenbaar sprake is van strijd met de zorgplicht het strafrechtelijk instrumentarium niet ter beschikking te hebben. Een evidente overtreding van de specifieke zorgplicht is net zo ernstig als de evidente overtreding van een meer uitgewerkte regel, en moet dus op dezelfde wijze aangepakt kunnen worden.<sup>21</sup>

### 5.3 Invoeringswet Omgevingswet

Het wetsvoorstel Invoeringswet Omgevingswet geeft aan wat er o.a. met artikel 1a Woningwet als gevolg van de Omgevingswet zal gebeuren. Dat artikel vervalt.<sup>22</sup> In de Omgevingswet is een zorgplicht voor een ieder opgenomen in artikel 1.6, zoals bleek. Maar ook zijn er wijzigingen in de Omgevingswet zelf, met name een nieuw artikel 1.7a en een nieuw tweede lid van artikel 1.8.

#### *Artikel 1.7a (verbod activiteit met aanzienlijke nadelige gevolgen)*

1. Het is verboden een activiteit te verrichten of na te laten als door het verrichten of nalaten daarvan aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan.

2. Bij algemene maatregel van bestuur wordt de toepassing van het eerste lid uitgewerkt of begrensd. De uitwerking of begrenzing strekt in ieder geval ter uitvoering van de richtlijn milieustrafrecht en heeft betrekking op:

- a. de omvang van de nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving,
- b. de gevallen waarin het eerste lid van toepassing is.

Het nieuwe artikel 1.7a bevat een strafrechtelijk handhaafbaar verbod om een activiteit te verrichten of na te laten als daardoor aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan. Het artikel is een vangnet: de toepassing is begrensd tot gevallen die niet onder meer specifieke regels vallen (artikel 1.8, nieuw tweede lid). Het gaat niet om handelen of nalaten met beperkte gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Er moet sprake zijn van aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Bij algemene maatregel van bestuur zal de omvang van deze gevolgen nader worden gedefinieerd. Artikel 1.7a vormt ook het sluitstuk van de nationale regelgeving

<sup>21</sup> *Stb.* 2018, Bbl, NvT p. 182 -185.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 34986, nr. 2, p. 147.

ter implementatie van de richtlijn milieustrafrecht. Artikel 1.7a vervult de functie van vangnet voor activiteiten die niet op grond van andere hoofdstukken van de Omgevingswet geregeld zijn in rijksregelgeving of decentrale regelgeving. Het wettelijke stelsel van de Omgevingswet biedt deze voorziening nu nog niet. Artikel 1.7a is een vangnet, geen zorgplicht. De bepaling bevat geen algemeen geformuleerde zorgverplichting die de normadressaat ruimte laat voor een variëteit in gedragsalternatieven. Het bevat een verbod op het verrichten of nalaten van bepaalde activiteiten, die aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving hebben of dreigen te hebben. De meeste regels op grond van de Omgevingswet worden gesteld om veel voorkomende activiteiten te reguleren. Niettemin zullen zich altijd andere situaties kunnen voordoen waarin schade wordt toegebracht aan de fysieke leefomgeving. Deze activiteiten vallen meestal onder een specifieke bepaling, bijvoorbeeld een bepaling over het lozen of storten van afvalstoffen of over een beperkingengebiedactiviteit. Voor zover het echter gaat om onvoorziene gevolgen van bedoelde activiteiten of om nieuwe activiteiten, biedt artikel 1.7a een mogelijkheid om op te treden met het oog op de bescherming van de fysieke leefomgeving. De vangnetfunctie van artikel 1.7a ziet ook op het nalaten van activiteiten.

Artikel 1.7 bevat een zorgplicht die betrekking heeft op (het voorkomen of beperken van) activiteiten met nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Anders dan bij artikel 1.7a geldt daarvoor niet het criterium «aanzienlijke» en is er ook geen concretisering bij algemene maatregel van bestuur. Artikel 1.7 kan uitsluitend bestuursrechtelijk gehandhaafd worden. Hierbij wordt nog opgemerkt dat de zorgplicht van artikel 1.7 onverkort geldt voor degene die een activiteit verricht, en daarbij nalaat dat te doen wat nodig is om gevolgen voor de fysieke naast artikel 1.7a. Het geldt niet als een specifieke bepaling waarvoor artikel 1.7a terugtreedt als bedoeld in (het hierna weergegeven) artikel 1.8, tweede lid. Aangezien het gaat om aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving, wordt de overtreding van artikel 1.7a opgenomen in categorie 1 van artikel 1a Wed. De hoge strafbedreiging wordt gerechtvaardigd door de vaak hoge maatschappelijke kosten voor het tenietdoen van de gevolgen voor de fysieke leefomgeving.<sup>23</sup>

#### *Artikel 1.8, tweede lid*

2. Artikel 1.7a is niet van toepassing voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet.

Het nieuwe tweede lid van artikel 1.8 zorgt voor de afgrenzing van het verbod uit artikel 1.7a ten opzichte van activiteiten die zijn gereguleerd op grond van de Omgevingswet (met inbegrip van decentrale regelgeving). Als er een specifieke bepaling is, gaat die voor. Deze afgrenzing maakt helder dat niet elke wijziging van de fysieke leefomgeving onder het verbod valt. Een wijziging van een bouwwerk door de eigenaar kan aanzienlijke gevolgen hebben voor dat onderdeel van de fysieke leefomgeving, maar valt niet onder artikel 1.7a als hierop andere regels van toepassing zijn, bijvoorbeeld regels met het oog op het behoud van cultureel erfgoed. In een dergelijk geval zijn die regels bepalend en niet het voorgestelde artikel 1.7a.<sup>24</sup>

---

23 *Kamerstukken II* 2018/19, 2018/19, 34 986, nr. 3, p. 131-137.

24 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 986, nr. 3, p. 138.

## 5.4 Conclusie

In grote lijnen keert de algemene zorgplicht en de relatie met specifieke zorgplichten op vergelijkbare wijze terug in de toekomstige regelgeving, waarbij acht geslagen dient te worden op wat in de Omgevingswet geregeld is en wat in het Besluit bouwwerken leefomgeving. Enkele accenten zijn verlegd en met name het nieuwe artikel 1.7a Omgevingswet, waarbij de regering een niet geringe hoeveelheid tekst nodig had om de werking ervan te duiden, roept de vraag op of dat artikel mogelijk met name geen bewijsrechtelijke problemen op zal roepen: wat is uiteindelijk het verschil tussen nadelige gevolgen en aanzienlijke nadelige gevolgen? Het Bbl bevat verder herkenbare eerdere elementen maar ook verfijningen zoals maatwerkvoorschriften. Dat laatste bevordert de duidelijkheid en dus de rechtszekerheid.

## 6 Slot

Samenvattend kan tot slot het volgende gesteld worden:

- a. Systeem-technisch is er met het opnemen van een algemene zorgplicht in artikel 1a van de Woningwet sprake van een verdedigbare keuze van de wetgever.
- b. Gelet op de jurisprudentie kan geconstateerd worden dat er door het bevoegd gezag relatief spaarzaam gebruik gemaakt wordt van artikel 1a Woningwet. Opvallend is in de periode rond 2011 het aantal uitspraken inzake het ontmantelen van hennepkwekerijen. De vangnetfunctie van artikel 1a Woningwet vervulde daar voor het handhavend bevoegd gezag blijkbaar een nuttige rol. Verder lijkt de vraag op zijn plaats of in bepaalde gevallen niet te snel geconstateerd wordt dat er geen ander voorschrift aanwijsbaar is dat overtreden wordt, met name artikel 1b Woningwet, of dat er op dat punt onduidelijkheid bestaat.
- c. In grote lijnen keert de algemene zorgplicht en de relatie met specifieke zorgplichten op vergelijkbare wijze terug in de toekomstige regelgeving, waarbij acht geslagen dient te worden op wat in de Omgevingswet geregeld is en wat in het Besluit bouwwerken leefomgeving. Enkele accenten zijn verlegd en met name het nieuwe artikel 1.7a Omgevingswet roept de vraag op of dat mogelijk geen bewijsrechtelijke problemen op zal roepen: wat is het verschil tussen nadelige gevolgen en aanzienlijke nadelige gevolgen? Het Bbl bevat herkenbare eerdere elementen maar ook verfijningen zoals maatwerkvoorschriften.

## 7 Persoonlijk

Jan Struiksma heb ik vele jaren geleden leren kennen via bijeenkomsten bouwrecht waar hij als inleider optrad. Later beter als medelid van de redactieraad van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*. Jan viel op door zijn zeer creatieve en inspirerende manier van denken. Zijn kennis is veelomvattend en diepgaand. Natuurlijk op juridisch gebied maar ook op verrassend andere gebieden, waarbij hij o.a. put uit intrigerende gebeurtenissen uit het verleden. Ook die weet hij in verhaalsvorm fraai te etaleren. Maar tevens is Jan iemand met persoonlijke interesse en warme belangstelling wanneer nodig. Dat is te waarderen in een mens.



# Beleidsregels horen in een omgevingsplan niet thuis

*Prof. mr. A.G.A. (Tonny) Nijmeijer*

## 1 Inleiding<sup>1</sup>

In 1991 publiceerde Jan Struiksma in het tijdschrift *Bouwrecht* zijn artikel *Beleidsregels horen in een bestemmingsplan niet thuis*.<sup>2</sup> Daarin koppelde hij algemeen bestuursrechtelijke begrippen zoals beoordelingsruimte, beleidsvrijheid, gebonden bevoegdheid, beleidsregels en marginale toetsing aan begrippen die binnen het ruimtelijke bestuursrecht in zwang zijn, zoals bestemmingsplan, bouwvergunning, beschrijving in hoofdlijnen, gebruiksregels, doeleindenomschrijving en situeringskenmerken. Dit alles in de context van het door Struiksma bepleite standpunt dat 'bestemmingsplannen zeer zeker een meer beleidsmatig karakter [moeten] krijgen'.<sup>3</sup> Dit standpunt is de rode draad in zijn artikel en het is vandaag de dag, in het perspectief van de Crisis- en herstelwet en de komende Omgevingswet, onverminderd actueel. Dat geldt ook voor de beschouwingen die Struiksma wijdt aan de rol die beleidsregels kunnen hebben bij een meer beleidsmatige - en daardoor een flexibeler - invulling van het bestemmingsplan. Daarover is Struiksma kort: die rol hebben beleidsregels niet.

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet - beoogd 1 januari 2021 - verdwijnt het bestemmingsplan. Het omgevingsplan komt daarvoor in de plaats.<sup>4</sup> De vraag die in deze bijdrage centraal staat is: wat is de rol van beleidsregels in een omgevingsplan? Het antwoord luidt in de lijn van Struiksma: géén. In relatie tot het omgevingsplan is echter een belangrijke nuancering op zijn plaats die schuilt in het gebruik van *wetsinterpreterende* beleidsregels. In het bijzonder in combinatie met de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit, is de rol van wetsinterpreterende beleidsregels bij de uitvoering van een omgevingsplan naar mijn inschatting groot. Twee vragen doemen op:

- a. wat zijn de gevolgen van het gebruik van wetsinterpreterende beleidsregels voor de discretionaire ruimte bij de beslissing op een aanvraag om omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit?
- b. wat zijn de gevolgen voor de toetsing door de bestuursrechter als een norm verschuift van een planregel naar een wetsinterpreterende beleidsregel?

---

1 De tekst van deze bijdrage is op 1 juni 2019 afgesloten.

2 BR 1991, p. 577-586.

3 Struiksma, a.w., p. 577, l.k.

4 J.R. van Angeren, Het omgevingsplan in de Omgevingswet, TO 2016, p. 4-26; A.E. Kneepkens, K. Krijt, B. Rademaker, Het omgevingsplan, TBR 2014/164; C.S. Cuppen, S.A. Renders, A. Snijders, K.B.J. Steenbakkers, Het maken van een omgevingsplan, deel 1. Waar beginnen we aan?, Gst. 2014/70; A.G.A. Nijmeijer, Het omgevingsplan. Een stap verder?, M en R 2014/122.

In deze bijdrage werk ik beide vragen uit in paragraaf 4. In paragraaf 2 wordt eerst de aanleiding voor beide vragen geduid aan de hand van enkele conclusies die Struiksmā zijn artikel trok. Het door hem bedachte begrip ‘kwalificatieregels’ staat centraal. Vervolgens wordt in paragraaf 3 de relatie gelegd met beleidsregels, in het bijzonder de wijze waarop in bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte - plannen die zijn vastgesteld op basis van de Crisis- en herstelwet - met beleidsregels wordt omgegaan. Paragraaf 5 bevat de antwoorden op de twee onderzoeksvragen.

## 2 Beschrijving in hoofdlijnen, beleidsregels en kwalificatieregels

### 2.1 Algemeen

In de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit - één van de vier algemene maatregelen van bestuur die zijn vastgesteld krachtens de Omgevingswet<sup>5</sup> - merkt de regering over de rol van beleidsregels in relatie tot een omgevingsplan het volgende op:

‘In het omgevingsplan kan op zichzelf worden aangegeven dat bij de uitleg van een daarin opgenomen regel *bij de uitoefening van een bevoegdheid* gebruik wordt gemaakt van beleidsregels. Bij het verwijzen naar een beleidsregel moet worden voorkomen dat de normering *volledig afhankelijk* wordt gesteld van de inhoud van een vastgestelde beleidsregel. In een dergelijke opzet zou de toelaatbaarheid van een activiteit *volledig afhankelijk* worden gesteld van de inhoud van beleidsregels. De beleidsregels fungeren dan niet als hulpmiddel voor de uitleg van een norm maar bevatten zelf de norm. Denk bijvoorbeeld aan een regel waarin wordt bepaald dat een bouwactiviteit alleen is toegelaten indien voldaan wordt aan beleidsregels. *Daarmee zou in het omgevingsplan een zelfstandig werkende norm ontbreken en gaat de juridische status van de beleidsregels verloren, omdat ze door de verwijzing in feite zelf de norm behelzen en daarmee onderdeel worden van het omgevingsplan* (curs. TN).<sup>6</sup>

Alvorens verder in te gaan op de relatie tussen beleidsregels en het omgevingsplan, is het zinvol om de context van het artikel van Struiksmā te schetsen. De wens om te komen tot een meer beleidsmatig bestemmingsplan, lees: een bestemmingsplan dat minder gedetailleerd is doordat het meer open normen bevat, was in 1991 zeker niet nieuw. Al in 1985 werd met het oog op die wens een nieuw instrument in het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) geïntroduceerd: de ‘beschrijving in hoofdlijnen’.<sup>7</sup> De beschrijving in hoofdlijnen was juridisch gezien een onderdeel van de bestemmingsplanregels, maar verschilde van de tot dan toe gebruikelijke regels in die zin, dat het Bro uitdrukkelijk aangaf dat in de beschrijving in hoofdlijnen kon worden aangegeven op welke wijze de doeleinden van het bestemmingsplan werden ‘nagestreefd’. Het ‘hoofdlijnenkarakter’

---

5 De andere zijn: Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl).

6 Stb. 2018, 290, p. 98.

7 Art. 12 lid 1 onder a Bro 1985. De discussie over de wenselijkheid van globale bestemmingsplannen, is in wezen een discussie over het spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid. Die discussie speelt in het ruimtelijke bestuursrecht voortdurend; zie o.a. H.J. de Vries, *De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid* (diss. Utrecht), Deventer 1994, p. 222-228.

gekoppeld aan het ‘nastreven’, suggereerde een meer beleidsmatige inhoud van bestemmingsplanregels.

## 2.2 Kwalificatieregels

Beleid is echter geen synoniem voor beleidsregels. In zijn artikel zet Struiksma zich (te recht) af tegen de opvatting van de toenmalige Raad van Advies voor de Ruimtelijke Ordening (RARO), die de beschrijving in hoofdlijnen als (een bundel) beleidsregels bestempelde. Aan de hand van onder meer de dissertatie van Van Kreveld<sup>8</sup>, beargumenteert Struiksma dat de beschrijving in hoofdlijnen geen beleidsregel is.<sup>9</sup> Struiksma bestempelt de beschrijving in hoofdlijnen daarentegen als ‘kwalificatieregels’. Kwalificatieregels zijn volgens hem regels die door het bestuursorgaan in acht moeten worden genomen om te beoordelen of feiten onder een bepaalde - in een bestemmingsplanregel opgenomen - norm vallen.<sup>10</sup> Een kenmerk van kwalificatieregels is volgens Struiksma bovendien dat niet alleen het bestuursorgaan, maar ook de bestuursrechter door de inhoud van de kwalificatieregels in zijn rechterlijke toetsing wordt gebonden. Ik citeer:

‘De toetsing door de rechter wordt dus marginaler: de beoordelingsvrijheid ten opzichte van de rechter neemt toe. (...) Als uitsluitend wordt getoetst aan een vaag criterium, dan is er een grote beoordelingsruimte. Nu wordt die ruimte ingeperkt door regels welke die beoordeling structureren. Doorslaggevend is echter dat de beoordelingsvrijheid ten opzichte van de rechter toeneemt. Het orgaan kan dus meer naar eigen inzicht te werk gaan, maar bovendien - en dat is eigenlijk nog wel het belangrijkste - is het orgaan gebonden aan eigen regels en niet die van de rechter. (...) *Kwalificatieregels bepalen echter alleen hoe getoetst moet worden aan een criterium* (curs. TN).’<sup>11</sup>

Essentieel voor het vervolg van deze bijdrage is om op te merken dat kwalificatieregels in de visie van Struiksma dus géén norm bevatten waaraan wordt getoetst. De te toetsen norm is in de planregels opgenomen. Kwalificatieregels bepalen enkel *hoe* aan de norm moet worden getoetst. Uitgaande van een niet-normatieve functie van kwalificatieregels, is verdedigbaar dat de bestuursrechter zich terughoudend opstelt bij de beoordeling of kwalificatieregels in een concreet geval juist zijn toegepast. Bij wetsinterpreterende beleidsregels ligt dat naar mijn idee anders, zoals ik in paragraaf 4.3 zal toelichten.

## 2.3 Toetsing aan kwalificatieregels door de bestuursrechter

Wat Struiksma bij het schrijven van zijn artikel in 1991 niet kon weten, is dat over de toepassing van de beschrijving in hoofdlijnen nadien relatief veel jurisprudentie is verschenen. De juridische status van dit planonderdeel en de precieze functie binnen een bestemmingsplanregeling, vormden een terugkerend punt van discussie.

Met name de vraag of onderdelen van de beschrijving in hoofdlijnen konden fungeren als ‘rechtstreekse toetsingsnorm’ voor onder meer aanvragen om bouwvergunning, stond in menig uitspraak centraal. Van een toetsingsnorm was volgens vaste jurisprudentie sprake, als de desbetreffende regel uit de beschrijving in hoofdlijnen *voldoende*

8 J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (diss.), Groningen 1983.

9 Struiksma, a.w., par. 2 en par. 3.

10 Struiksma, a.w., p. 583, r.k.

11 Struiksma, a.w., p. 583, r.k.



*concreet en objectief bepaalbaar* was. Bij de beoordeling of aan dit in de bestuursrecht-spraak ontwikkelde criterium werd voldaan, betrachtte de bestuursrechter geen terug-houdendheid. Een voorbeeld:

‘Ingevolge artikel 3 (Beschrijving in hoofdlijnen), derde lid, aanhef en onder a, van de planvoorschriften, voor zover thans van belang, geldt voor het gehele plangebied dat het gedeelte ten noorden van de Kromhoutstraat bestemd is voor haven- en kadegebon-den bedrijven, alsmede voor ondersteunende bedrijven. Binnen het gebied dat globaal wordt begrensd door de Kromhoutstraat, de Strandweg en het westelijke duingebied is het beleid gericht op het versterken van de verse visverwerking, de trawlvissserij en de vriesveemsector.

Ingevolge artikel 4, eerste lid, aanhef en onder a, van de planvoorschriften, voor zover thans van belang, zijn de op plankaart 2 (Bestemmingenkaart) voor ‘Bedrijven’ aangewe-zen gronden uitsluitend bestemd voor bedrijven, voor zover deze behoren tot de catego-rieën 1, 2, 3 en 4 van de van deze voorschriften deel uitmakende ‘Staat van bedrijfsacti-viteiten’ (bijlage 1), dit met uitzondering van inrichtingen als bedoeld in artikel 2.4 van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer.

Anders dan [appellante A] en [appellante B] betogen, heeft de rechtbank voor het ant-woord op de vraag of het bouwbedrijf van [appellante B] valt onder de bedrijfsbestem-ming terecht mede betekenis toegekend aan artikel 3 (beschrijving in hoofdlijnen) van de planvoorschriften. De beschrijving in hoofdlijnen kadert de bestemming van het gebied waarin het perceel is gelegen nader in en is voldoende concreet en objectief bepaalbaar om als toetsingskader te dienen. De Afdeling verwijst in dit kader naar haar uitspraak van 21 maart 2007 in zaak nr. 200603524/1. (...) Gelet hierop heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de vestiging van het bouwbedrijf [appellante B] op het perceel in strijd is met het bestemmingsplan.’<sup>12</sup>

Het is interessant om te zien dat een bestemmingsplanonderdeel dat door de Bro-gever was bedoeld als een beleidsmatig onderdeel en niet als een normstellend planelement, door de bestuursrechter wordt toegepast als een bindende norm waar (bouw)activiteiten aan worden getoetst. De plaats van de regel in het bestemmingsplan (onder het ‘etiket’ Beschrijving in hoofdlijnen) was blijkbaar niet bepalend voor de wijze waarop de rechter de regel in zijn rechterlijke beoordeling betrok. De formulering van de regel en de daar-uit blijkende bedoeling van de bestemmingsplanwetgever, waren voor de bestuursrech-ter aanleiding om aan de desbetreffende ‘beschrijving in hoofdlijnen’ een normerende functie toe te kennen. Dat is met het oog op de rechterlijke toetsing van wetsinterprete-rende beleidsregels in combinatie met een omgevingsplan, een interessante constatering.

De tweede constatering is dat de door de Bro-gever bedoelde beleidsmatige functie van de beschrijving in hoofdlijnen, langzamerhand vertroebelde door het oneigenlijke ge-bruik dat soms door planwetgevers van dit planonderdeel werd gemaakt. Oneigenlijk, omdat in het beleidsmatig bedoelde planonderdeel normen werden opgenomen waar-aan gebruiksactiviteiten moesten voldoen. Na verloop van tijd bleek de functie van de beschrijving in hoofdlijnen hybride: beleidsmatig en/of normatief. Hoeveel van het één en hoeveel van het ander, moest per geval en aan de hand van het desbetreffende bestem-mingsplan worden beoordeeld. De daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid heeft er

---

12 ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7636. Zie verder o.a. ABRvS 21 maart 2007, ECLI:RVS:NL:2007:BA1151; ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1760; ABRvS 19 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0362 en ABRvS 27 februari 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AD9752.

toe geleid dat de beschrijving in hoofdlijnen met ingang van 1 juli 2008 is geschrapt als bestemmingsplanonderdeel.<sup>13</sup> De wens om meer beleidsmatige bepalingen in een bestemmingsplan op te kunnen nemen, was daarmee echter niet verdwenen.

### 3 Omgevingsplan en wetsinterpreterende beleidsregels

#### 3.1 Algemeen

Die wens is bijna dertig jaar na de publicatie van *Beleidsregels horen in een bestemmingsplan niet thuis* springlevend. Dat roept overigens de vraag op of planflexibiliteit kan worden bereikt door enkel aandacht te hebben voor de inhoud van een planregeling, meer in het bijzonder de formulering van planregels. Elders heb ik betoogd dat de mate van gedetailleerdheid van een planregeling mede wordt bepaald door van de redactie van de planregeling los staande factoren (zoals het risico van planschade en de systematiek voor kostenverhaal). Om niet in herhaling te vallen laat ik dit punt op deze plaats rusten, maar niet zonder op te merken dat ten aanzien van nadeelcompensatie de impulsen die naar huidig recht leiden tot een gedetailleerde bestemmingsplanregeling, in de Omgevingswet voor een belangrijk deel zijn weggenomen.<sup>14</sup> Het is daarom interessant om te ervaren hoe onder vigeur van de Omgevingswet met globale normstelling en flexibilisering in het omgevingsplan wordt omgegaan. Hoewel de Omgevingswet nog niet in werking is, kan toch al inzicht worden gekregen in de wijze waarop gemeenten straks denken om te gaan met het omgevingsplan. Op basis van art. 7c van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw), kunnen namelijk ‘bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte’ worden vastgesteld die vrijwel alle functionaliteiten die het omgevingsplan straks biedt, omvatten. Het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte wordt daarom ook wel als ‘omgevingsplan’ aangeduid.<sup>15</sup> Bestudering van deze plannen laat zien dat beleidsregels zich op twee manieren manifesteren.

#### 3.2 Twee varianten

##### 3.2.1 Beleidsregels als bijlage bij de planregels

Over de eerste variant ben ik kort, omdat hier strikt genomen geen sprake is van beleidsregels. In deze variant worden beleidsregels als bijlage bij de planregels gevoegd. Deze werkwijze duidt mijns inziens op een onjuist begrip over de functie van een beleidsregel in relatie tot de planregel. Een document dat als bijlage bij de bestemmingsplanregels wordt gevoegd en waar in de planregels naar wordt verwezen, is juridisch gezien namelijk onlosmakelijk onderdeel van de desbetreffende planregeling. Door het voegen als bijlage en de verwijzing in de planregel, ontstaat een normerende functie van die

13 Op die dag trad de Wet ruimtelijke ordening (Wro) in werking.

14 A.G.A. Nijmeijer, ‘Globale omgevingsplanregels en planschaderisico: een nieuwe planschaderegeling nodig?’, *O&A* 2017/63.

15 Een overzicht van allerhande plannen is te vinden bij A.G. Bregman, J.J. Karens, A.Z.R. Koning, De proeftuin van het omgevingsplan. Met het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte anticiperen op de Omgevingswet, TBR 2019/ 45.

bijlage. Dat is ook bij ‘gewone’ bestemmingsplannen een bekende regeltechniek, denk bijvoorbeeld aan het gebruik van een staat van inrichtingen of een landinrichtingsplan. De desbetreffende bijlage moet de gehele bestemmingsplanprocedure doorlopen en kan niet los van het bestemmingsplan worden gewijzigd.<sup>16</sup> De bestuursrechtelijke rechtsbescherming die tegen de bestemmingsplanregeling open staat, geldt daardoor onverkort voor de bijlagen. De inhoud van de bijlage vloeit in dat geval voort uit een regelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad, zijnde art. 3.1 lid 1 Wro. Van beleidsregels is dus geen sprake, ook niet als de desbetreffende bijlage - verwarrenderwijs - het opschrift ‘beleidsregel’ draagt.<sup>17</sup> Evenmin als destijds bij de beschrijving in hoofdlijnen, bepaalt het etiket de juridische functie.

### 3.2.2 Wetsinterpreterende beleidsregels

Met ingang van 1 november 2014 bepaalt art. 3.1.2 lid 2 onder a Bro dat in een bestemmingsplanregel kan worden verwezen naar beleidsregels.<sup>18</sup> Het gaat om beleidsregels waarin uitleg wordt gegeven aan de regels zoals die in het bestemmingsplan zijn opgenomen. Vandaar dat wordt gesproken over ‘wetsinterpreterende’ beleidsregels. Deze beleidsregels moeten zijn vastgesteld op basis van een *bestuurs*bevoegdheid en die bevoegdheid moet in de planregel worden aangeduid.<sup>19</sup> Meestal gaat het om de bevoegdheid om een omgevingsvergunning te verlenen. Deze wetsinterpreterende beleidsregels hebben in de tot nu toe verschenen rechtspraak steeds betrekking op parkeernormen.<sup>20</sup>

Zoals in de in par. 2.1 aangehaalde passage uit de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit wordt onderstreept, zal onder vigore van de Omgevingswet bij de toetsing aan het omgevingsplan evenzeer gebruik worden gemaakt van beleidsregels. De bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte geven een indicatie van de wijze waarop gemeenten dat denken te gaan doen. Elders heb ik geconstateerd dat het gebruik van wetsinterpreterende beleidsregels gekoppeld aan een planregel, de normerende functie van het bestemmingsplan uitholt. Over de band van de wetsinterpreterende beleidsregel verschuift de normstelling in meer of mindere mate van het bestemmingsplan naar de beleidsregel.<sup>21</sup> In het vervolg van de onderhavige bijdrage, sta ik in het licht van het door Struiksma bedachte concept ‘kwalificatieregel’ stil bij de gevolgen van wetsinterpreterende beleidsregels voor de discretionaire ruimte die een bestuursorgaan heeft bij de beslissing op een aanvraag om omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit. Ook de toetsing van die beslissing door de bestuursrechter komt aan bod.

---

16 Bijv. ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:348 met name r.o. 9.6 en ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:766 met name r.o. 3.

17 Hetgeen het geval is in ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2338.

18 Stb. 2014, 333.

19 O.a. ABRvS 26 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1400, met name r.o. 13.

20 Zie o.a. D.S.P. Roelands-Fransen e.a., *Parkeren in het omgevingsrecht*, Gst. 2016/53.

21 A.G.A. Nijmeijer, *Plannen met beleid*, TBR 2019/46.

## 4 Wetsinterpreterende beleidsregels, omgevingsplanactiviteit en de bestuursrechter

### 4.1 Algemeen

De Omgevingswet verandert de huidige opzet voor de omgevingsvergunning voor bouwen. Kern van de wijziging is het splitsen in twee omgevingsvergunningvereisten. Er komt kort gezegd op landelijk niveau een verbod behoudens omgevingsvergunning voor de toetsing van het bouwplan aan - met name de bouwtechnische - eisen van het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl).<sup>22</sup> Deze omgevingsvergunning is in de context van deze bijdrage niet interessant.<sup>23</sup> Daarnaast kan er voor het bouwen een verbod behoudens omgevingsvergunning worden opgenomen in een omgevingsplan. De gemeenteraad heeft daarin een vrije keuze.<sup>24</sup> Net als alle andere activiteiten die in een omgevingsplan worden gekoppeld aan een verbod behoudens omgevingsvergunning, noemt de Omgevingswet dat een 'omgevingsplanactiviteit'.<sup>25</sup> Voor de vraag of in een concreet geval een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit kan worden verleend, moet het omgevingsplan beoordelingsregels bevatten. Het limitatief-imperatieve stelsel zoals dat thans in art. 2.10 lid 1 van de Wabo is te vinden, keert onder vigeur van de Omgevingswet niet terug. De mate van discretionaire ruimte in het te hanteren toetsingskader voor bouwplannen die via een verbod behoudens omgevingsvergunning aan het omgevingsplan worden getoetst, wordt net als het verbod zelf, primair door de gemeenteraad bepaald. De Omgevingswet volstaat in art. 5.21 met te bepalen dat voor een omgevingsplanactiviteit de beoordelingsregels in het omgevingsplan worden gesteld met het oog op de doelen van de wet.

De eerste vraag is wat het effect is van wetsinterpreterende beleidsregels op de discretionaire ruimte die het bestuursorgaan heeft bij de beslissing op de aanvraag om een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit voor het bouwen van een bouwwerk. In de context van de visie van Struiksmā, komt daarbij ook aan de orde of deze effecten verschillen met de kwalificatieregels zoals hij die introduceerde.

### 4.2 Discretionaire ruimte bij toetsing omgevingsplanactiviteit

De relatie met de - toen nog - bouwvergunning werd ook door Struiksmā erkend. Waar Lubach in een eerdere publicatie had betoogd dat de bouwvergunning géén gebonden beschikking was, stelde Struiksmā zich wat betreft de toetsing aan normen uit het bestemmingsplan op een strikter standpunt. Ik citeer:

'In bepaalde opzichten heeft Lubach zeker gelijk, als hij stelt dat de bouwvergunning geen gebonden beschikking meer is. De redactie van artikel 48 Woningwet brengt ech-

22 P.M.J. de Haan, Aandachtspunten bij de preventieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften onder de Omgevingswet, TBR 2017/22.

23 Omdat een relatie met het omgevingsplan als toetsingskader (goeddeels) ontbreekt. Zie voor een beschouwing over het nieuwe stelsel de bijdrage van Dick Peters elders in deze bundel.

24 Voor meer uitleg: F. Brouwer, B. Rademaker, Een nieuwe opzet voor de vergunningplicht voor bouwwerken in de Omgevingswet, TBR 2017/39; A.G.A. Nijmeijer, Een nieuwe opzet voor de omgevingsvergunning voor bouwen in de Omgevingswet? Eenvoudiger gezegd dan gedaan, BR 2016/56.

25 Voor achtergronden en uitwerking zie B. Rademaker, De omgevingsplanactiviteit, TBR 2017/20.

ter wel met zich mee dat burgemeester en wethouders bij de toetsing aan normen uit bestemmingsplannen zoals bestemmingsomschrijvingen en bebouwingsvoorschriften geen beleidsvrijheid hebben: als er geen strijd is met een bestemmingsplan dan moet een vergunning verleend worden. Burgemeester en wethouders mogen bestemmingsomschrijvingen weliswaar interpreteren, maar die interpretatie wordt door de rechter zonder terughoudendheid getoetst.<sup>26</sup>

Ik ben het met Struiksma eens: bij de toetsing aan bestemmingsplanregels was (en is) er géén discretionaire ruimte voor het toetsende bestuursorgaan. Ook het gebruik van kwalificatieregels bracht die ruimte niet: volgens Struiksma brachten kwalificatieregels geen verandering in het gebonden karakter van de toetsing door het bestuursorgaan noch in de toetsing door de bestuursrechter. Bij de beoordeling of een bouwplan voldeed aan het bestemmingsplan, nam de bestuursrechter geen terughoudendheid in acht. Herhaald zij in dit verband dat kwalificatieregels aangeven welke feiten binnen een in de planregel gegeven norm moeten worden getoetst; kwalificatieregels bevatten zelf géén norm.

Het karakter van de wetsinterpreterende beleidsregels is anders. Op de rechterlijke toetsing aan deze regels ga ik in de volgende paragraaf in. Op deze plaats constateer ik dat door het verschuiven van de norm van de planregel naar een wetsinterpreterende beleidsregel, de toetsing aan het omgevingsplan diffuser wordt. Minder snel kan op basis van de planregels worden bepaald of een omgevingsvergunning voor bouwen moet worden verleend of niet. Temeer, omdat inherent aan een beleidsregel is dat daarvan in een concreet geval kan worden afgeweken. Die ‘inherente afwijkingsbevoegdheid’ ligt besloten in art. 4:84 van de Awb. De reikwijdte van die bevoegdheid is sinds de ‘koerswijziging’ in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak bovendien niet langer beperkt tot ‘bijzondere gevallen’ die bij de vaststelling van de beleidsregel niet waren voorzien of konden worden voorzien.<sup>27</sup> Voor diegenen die willen verdedigen dat de inherente afwijkingsbevoegdheid in relatie tot bestemmingsplanregels niet geldt, zij gewezen op het feit dat de Afdeling heeft geoordeeld dat beleidsregels als bedoeld in art. 3.1.2 lid 2 onder a Bro, beleidsregels zijn als alle andere.<sup>28</sup> Een juist oordeel vind ik, al was het maar omdat voor het differentiëren in soorten beleidsregels om te kunnen bepalen in hoeverre daarvan kan worden afgeweken, mijns inziens geen steekhoudend argument kan worden gevonden. Bovendien zou het de werking van beleidsregels nodeloos ingewikkeld maken.

Daarnaast moet worden bedacht dat beleidsregels - dus ook wetsinterpreterende - te allen tijde kunnen worden gewijzigd. Ook op een moment dat is gelegen tussen de beslissing in primo en de beslissing op bezwaar in een omgevingsvergunningprocedure. Vaste rechtspraak is dat bij de beslissing op bezwaar wordt getoetst aan de beleidsregels zoals die op dát moment luiden.<sup>29</sup> Anders gezegd: het toetsingskader kan hangende de beslissing op bezwaar worden gewijzigd, waarbij moet worden bedacht dat de vaststelling van beleidsregels vormvrij geschiedt en niet appellabel is. Een wijziging kan dus snel

---

26 Struiksma a.w., p. 579 r.k.

27 Aldus ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

28 ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:607 met name r.o. 4.2.

29 Vgl. ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1080; ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:607 en ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:612.

worden doorgevoerd. Dat is bij een bestemmingsplanregel door de procedure van art. 3.8 Wro, die verplicht tot toepassing van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb, evident anders. Bovendien wordt in de rechtspraak juist voor een wijziging van de planregels hangende bezwaar ten nadele van de aanvrager van het bouwplan, een uitzondering gemaakt op de regel dat ex nunc op een bezwaarschrift moet worden beslist.<sup>30</sup> Denkbaar is dat die uitzondering ook gaat gelden voor een wijziging van beleidsregels waardoor een bouwplan in primo nog wel, maar na de wijziging van de beleidsregels niet meer kan worden vergund. Of de Afdeling die uitzondering inderdaad aanvaardt, is echter niet zeker.

Hoe dan ook, de inherente afwijkmogelijkheid én de mogelijkheid om beleidsregels relatief eenvoudig te wijzigen los van het bestemmingsplan, rechtvaardigen mijns inziens de conclusie dat de discretionaire ruimte bij het beslissen op een aanvraag om omgevingsvergunning aanzienlijk toeneemt. De conclusie dat beleidsregels geen rol hebben in een omgevingsplan, verdient daarom nuancering. Die rol hebben zij bij de uitvoering van zo'n plan over de band van de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit, wel degelijk.

## **4.3 Toetsing door de bestuursrechter**

### **4.3.1 Algemeen**

Ten aanzien van de toetsing door de bestuursrechter, moet onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. de toetsing of een wetsinterpreterende beleidsregel voldoet aan het recht
- b. de toetsing van een door het bevoegd gezag genomen beslissing op een aanvraag om omgevingsvergunning waarbij het bevoegd gezag een wetsinterpreterende beleidsregel heeft toegepast

Beide gevallen worden hierna belicht.

### **4.3.2 Toetsing van een wetsinterpreterende beleidsregel aan het recht**

Artikel 8:3 lid 1 onder a van de Awb sluit de vaststelling van beleidsregels uit van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Dat neemt niet weg dat de rechtmatigheid van een beleidsregel door de bestuursrechter kan worden beoordeeld. Die beoordeling vindt dan plaats in het kader van een bestuursrechtelijke procedure aangaande een besluit waarbij de desbetreffende beleidsregel is toegepast (exceptieve toetsing).<sup>31</sup> In de context van deze bijdrage zal dat veelal een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit zijn. De toetsing door de bestuursrechter behelst doorgaans een beoordeling of het vastgestelde beleid 'redelijk' is. Een voorbeeld uit ABRvS 24 december 2014<sup>32</sup>, waarin het gaat

30 ABRvS 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU9458.

31 Voor een uitgebreide beschouwing zie M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, zesde druk, Wolters Kluwer, Deventer: 2017, p. 302 e.v. en de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven d.d. 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

32 ECLI:NL:RVS:2014:4667. In gelijkkluidende zin o.a. ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:111 en ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:612 met name r.o. 4.3.

om een aanvraag om een omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan:

Het bouwplan is in strijd met de ingevolge het ter plaatse op het perceel geldende bestemmingsplan 'Spijkerkwartier-Boulevardkwartier-Spoorhoek' rustende bestemming 'Wonen', nu het beoogde gebruik van de voorziene uitbreiding als keuken voor het restaurant niet valt binnen de toegestane woondoeleinden. Het college heeft geweigerd omgevingsvergunning te verlenen voor het bouwplan in afwijking van het bestemmingsplan, nu het bouwplan volgens hem in strijd is met het opgestelde 'Beleid omtrent planologische afwijking Kruiemelgevallen' (hierna: het gevoerde beleid) en stedenbouwkundig onaanvaardbaar is.

[appellant] betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het college onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het de omgevingsvergunning voor de uitbreiding van het restaurant heeft herroepen. *Hij voert daartoe aan dat het gevoerde beleid onredelijk is (...). De rechtbank heeft terecht overwogen dat het gevoerde beleid haar niet onredelijk voorkomt (curs. TN).*

Juist als het gaat om wetsinterpretierende beleidsregels, ligt bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de beleidsregel, een toetsing aan de wettelijke regeling waarvan de beleidsregel een interpretatie beoogt te zijn, voor de hand. In de context van deze bijdrage zou de rechter dan in de eerste plaats moeten beoordelen of de beleidsregel blijft binnen de grenzen die bij of krachtens de Omgevingswet zijn aangebracht. Die grenzen ontbreken: de rechter moet het doen met de opmerking in de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit die in par. 2.1 van de bijdrage is aangehaald. In de tweede plaats moet worden getoetst of de beleidsregel blijft binnen de grenzen van de omgevingsplanregel die door de beleidsregel wordt geïnterpreteerd. Als de planregel bijvoorbeeld enkel de functie woondoeleinden toelaat, kan een wetsinterpretierende beleidsregel bij die planregel niet bepalen dat binnen die functie ook de vestiging van horeca is toegestaan. Zo'n beleidsregel is naar mijn idee in strijd met het recht, om precies te zijn de omgevingsplanregel.

Te voorzien valt dat de bestuursrechter vroeg of laat wordt gevraagd om de rechtmatigheid van een wetsinterpretierende beleidsregel in relatie tot een omgevingsplan en de Omgevingswet te toetsen. In menig bestemmingsplan met verbrede reikwijdte wordt al gebruik gemaakt van wetsinterpretierende beleidsregels, in het bijzonder in relatie tot de omgevingsplanactiviteit. Als voorbeeld noem ik het Omgevingsplan Hembrug e.o. van de gemeente Zaanstad.<sup>33</sup> In art. 25.1 van dat omgevingsplan - een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte - is het volgende bepaald:

#### *Beleidsregels*

a. Ten behoeve van de beoordeling van de aanvraag om een omgevingsvergunning voor de in de artikelen 3, 4, 5 en 6 genoemde functies worden de beleidsregels uit de volgende beleidslijnen betrokken:

---

33 Het voorbeeld is niet willekeurig gekozen; naar verluidt gaat Jan Struikma de uitvoering van dit omgevingsplan de komende jaren van nabij aanschouwen en toelichten. Dat zal overigens nog wel even moeten wachten: bij uitspraak van 30 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1398 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat het Omgevingsplan Hembrug e.o. op onderdelen in strijd is met het recht. Die onderdelen betreffen niet de verwijzing naar beleidsregels; op dat punt waren geen beroepsgronden aangevoerd.



3. beleidslijn 'Gebiedskwaliteit Hembrug';
4. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel parkeren';
5. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel duurzaamheid';
6. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel waterhuishouding';
7. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel evenementen';
8. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel graafwerkzaamheden';
9. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel externe veiligheid';
10. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel terrassen bij horeca';
11. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel aanvaardbaar woon- en leefklimaat';
12. beleidslijn 'Gezond en veilig, onderdeel niet onevenredig schaden van bedrijfsvoering'.

b. De beleidslijn 'Gebiedskwaliteit Hembrug' kan na de vaststelling van dit plan uitsluitend door de gemeenteraad worden gewijzigd, ingetrokken of herzien.

c. De beleidslijn 'Gezond en veilig' kan na de vaststelling van dit plan door het college van burgemeester en wethouders worden gewijzigd, ingetrokken of herzien.

d. Bij de beslissing op de aanvraag om omgevingsvergunning als bedoeld in het eerste lid, worden de beleidsregels betrokken zoals die op dat moment luiden, met dien verstande dat indien voornoemde beleidsregels gedurende de planperiode wijzigen, rekening wordt gehouden met die wijziging(en).<sup>34</sup>

In art. 3.3.1 onder b van dit omgevingsplan is voor de activiteit bouwen het volgende bepaald:

een omgevingsvergunning voor het uitbreiden en het wijzigen van gebouwen wordt verleend indien ten minste de samenhang van het gebied behouden blijft, zoals benoemd in de beleidslijn 'Gebiedskwaliteit Hembrug';

Welke norm bevat deze planregel nu precies? Verder dan 'behoud van de samenhang van het gebied' kom ik niet en daar staat dan 'ten minste' bij. In voorkomend geval kan kennelijk méér worden gevraagd van de bouwer, hoeveel meer zal uit de van toepassing zijnde 'beleidslijn' moeten worden afgeleid.<sup>35</sup> Of in dit geval sprake is van normstelling die 'volledig afhankelijk' is van een beleidsregel - zoals in de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit wordt opgemerkt (zie par. 2.1) - kan in het midden blijven. De balans hangt in dit geval naar mijn oordeel te ver door naar de beleidsregel. De planregel bevat geen werkbare norm, maar is een kapstok om te kunnen 'interpreteren' (lees: normen te stellen) via beleidsregels. De normstelling volgt uit de beleidsregel. Die beleidsregel bepaalt voor het aanbrengen van reclame bijvoorbeeld onder meer dat reclame vlak tegen de gevel moet worden aangebracht waarbij maximaal 15% van het geveloppervlak mag worden gebruikt voor het aanbrengen van reclame en dat reclame op of achter ramen alleen op de begane grond mag worden geplaatst.<sup>36</sup> Naar mijn mening is verdedig-

34 Dit artikelonderdeel benadrukt het dynamische karakter van de beleidsregels; deze kunnen worden gewijzigd los van het bestemmingsplan, net als de beleidsregels als bedoeld in art. 3.1.2 lid 2 onder a Bro.

35 Terzijde: het is verwarrend om hier over een beleidslijn te spreken terwijl in art. 25.1 beleidsregels worden genoemd. Het zijn naar mijn mening wetsinterpreterende beleidsregels.

36 Zie p. 17 van de beleidsregel Gebiedskwaliteit Hembrug. Voor andere voorbeelden waarbij de balans doorslaat naar de wetsinterpreterende beleidsregels zie bijv. Omgevingsplan Bavoterrein en Omgevingsplan Binckhorst, te raadplegen via [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl)



baar dat een dergelijke ‘wetsinterpreterende beleidsregel’ de grenzen van hetgeen nog als wetsinterpreterend kan worden beschouwd, te buiten gaat. De beleidsregels zijn in dit voorbeeld bedoeld als toetsingsnorm en fungeren als een substituuut voor een wettelijk voorschrift (lees: een identieke regel in het omgevingsplan). Deze ‘wetsinterpreterende beleidsregels’ voor reclame-uitingen, kunnen immers zonder meer als regel in het omgevingsplan worden opgenomen.

Beleidsregels als substituuut voor omgevingsplanregels is niet wenselijk, mede gelet op de centrale betekenis die aan het omgevingsplan binnen de Omgevingswet wordt toegedacht. De totstandkoming van het plan gebeurt door toepassing van afdeling 3.4 Awb en is met de nodige rechtswaarborgen omgeven. De Omgevingswet voorziet weliswaar in de mogelijkheid om aan b en w normstellende bevoegdheid toe te kennen, maar dat kan alleen als de gemeenteraad een delegatiebesluit neemt als bedoeld in art. 2.8 van de Omgevingswet. Regels die door b en w op basis van zo’n delegatiebesluit zijn vastgesteld, maken bovendien onderdeel uit van het omgevingsplan en aan dergelijke regels wordt dus vol getoetst door de bestuursrechter (net zoals dat thans met bestemmingsplanregels het geval is). Tezelfdertijd onderstreept de regering in de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit nu juist de mogelijkheden van de wetsinterpreterende beleidsregel. Zij het dat de regering benadrukt dat er een inhoudelijke balans moet zijn tussen de planregel en de wetsinterpreterende beleidsregel: de in een concreet geval toe te passen norm mag niet ‘volledig afhankelijk’ zijn van de beleidsregel. Cruciaal wordt natuurlijk wanneer de balans naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak teveel doorslaat naar de beleidsregel én wat daarvan dan precies de gevolgen moeten zijn voor het desbetreffende omgevingsplan en/of de desbetreffende beleidsregel. Dat zal van geval tot geval moeten worden gezien. Een handvat voor het in rechte beoordelen van de balans tussen planregel en beleidsregel, kan naar mijn idee zijn of hetgeen in de beleidsregel staat, kennelijk is bedoeld als toetsingsnorm en zich naar inhoud leent om als planregel te worden vastgesteld. Als dat het geval is, dan ligt de conclusie dat de normstelling teveel afhangt van de beleidsregel en de beleidsregel daarom niet rechtmatig is, in de rede. De beleidsregel blijft dan buiten toepassing.<sup>37</sup> Punt van aandacht is dan overigens nog wel wat het gevolg daarvan is voor het antwoord op de vraag of een activiteit past binnen het omgevingsplan. Als het antwoord op die vraag door het bevoegd gezag mag worden onderbouwd met elementen uit de buiten toepassing gelaten beleidsregel, dan is het rechterlijk oordeel over die beleidsregel tamelijk nutteloos.

#### **4.3.3 Toetsing van de toepassing van een wetsinterpreterende beleidsregel**

In het in par. 4.2 aangehaalde citaat, stelt Struiksma dat de bestuursrechter de beoordeling door het bevoegd gezag of een activiteit voldoet aan de bestemmingsplanregels

---

37 Ik vermijd bewust de term ‘onverbindend’, omdat een beleidsregel geen algemeen verbindend voorschrift is. Uitgebreide beschouwingen over het onderscheid tussen het onverbindend zijn van een regel en het buiten toepassing laten, zijn te vinden in de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven d.d. 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, met name overweging 2.6.

‘zonder terughoudendheid’ toetst. Die ‘volle toetsing’ is tot op heden niet veranderd. Een voorbeeld uit ABRvS 19 september 2018<sup>38</sup>:

‘Blijkens door [appellant] ingebrachte foto’s van het gerealiseerde gebouw heeft het hellende dakvlak ten opzichte van de voorgevel een zeer grote hellingshoek. Onderaan het hellende vlak is een goot aangebracht met aan weerszijden een regenpijp, die voor de voorgevel loopt. Aan een zijgevel is ook een regenpijp aangebracht om het hemelwater vanaf het platte dak af te voeren.

Niet in geschil is dat het gebouw op het perceel ingevolge het bestemmingsplan een bijgebouw is en daarom moet voldoen aan de goothoogte van maximaal 3,25 m. Het begrip ‘goothoogte’ is in het bestemmingsplan niet nader omschreven. Wel is in artikel 2 geregeld op welke wijze de goothoogte moet worden gemeten. Uit artikel 2 volgt dat de planwetgever niet de plaats waar de regengoot is aangebracht, bepalend heeft geacht voor de goothoogte, maar de plaats waar het water vanaf druipt, of waar een boeibord of daarmee gelijk te stellen constructiedeel is aangebracht (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 4 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ6011). De planwetgever heeft dus gekozen voor woningen met een duidelijk onderscheid tussen de gevel en de dakvlaklijn. De berging met drie opgaande gevels tot een hoogte van, naar niet in geschil is, in ieder geval 4,5 m en een voorgevelmuur met daarboven een dakvlak met een zodanig grote hellingshoek dat het gebouw ruimtelijk toont als een rechthoekig blok, is daarmee niet in overeenstemming. De berging bestaat uit een begane grond met daarop een etage. Het hellende dakvlak eindigt aan de onderzijde van deze etage. Aan de onderzijde van het hellende dakvlak is een regengoot aangebracht. De regengoot heeft een beperkte afwateringsfunctie. Door de grote hellingshoek van het dakvlak valt er ten opzichte van het platte dak relatief weinig hemelwater op het hellende dakvlak. Het overgrote deel van het hemelwater zal immers worden verzameld op het platte dak, waardoor het gebouw voornamelijk afwatert via het platte dak en de regenpijp aan de zijgevel die daarmee in verbinding staat. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat de goothoogte niet ligt op de plaats van de regengoot, maar op de plaats van de druiplijn en dus hoger ligt dan 3,25 m. De goothoogte van de berging is in zoverre in strijd met het bestemmingsplan. De rechtbank heeft dit niet onderkend.’

Deze rechtsoverweging illustreert dat de Afdeling zelf beoordeelt of een activiteit voldoet aan de geldende bestemmingsplanregeling. Een ‘volle toets’ dus: van een redelijkheidstoets is geen sprake. De vraag is hoe indringend de rechterlijke toets zal zijn, als de norm waaraan wordt getoetst verschuift van de planregel naar een wetsinterpreterende beleidsregel.

De beleidsvrijheid die in de bestuursbevoegdheid besloten ligt (en op basis waarvan art. 4:81 Awb het vaststellen van beleidsregels benoemt), wordt door de bestuursrechter gerespecteerd bij zijn beoordeling of door het bevoegd gezag op juiste wijze toepassing is gegeven aan de beleidsregel (of van de beleidsregel is afgeweken<sup>39</sup>). Niet alleen ten aanzien van de rechtmatigheid van een beleidsregel (zie de vorige paragraaf) maar ook

38 ECLI:NL:RVS:2018:3032 (met name r.o. 2.2).

39 O.a. ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:787 met name r.o. 6.1.

ten aanzien van de toepassing van die regel, wordt doorgaans volstaan met een redelijkheidstoets. Een voorbeeld uit ABRvS 16 januari 2019<sup>40</sup>:

Bij het nemen van het besluit van 14 maart 2018 heeft het college toepassing gegeven aan artikel 1.1a van de Wabo (de Wet plattelandswoningen) en de beleidsregel. Volgens de beleidsregel moet uit de ruimtelijke onderbouwing van een omgevingsvergunningsaanvraag blijken dat met het hier toestaan van een plattelandswoning sprake is van een goede ruimtelijke ordening. Het college heeft zich op het standpunt gesteld dat in dit geval niet aan dit vereiste is voldaan.

Het heeft daartoe overwogen dat de argumenten die pleiten voor het afwijken van het in het bestemmingsplan vastgelegde planologische regime niet opwegen tegen de nadelen. Naar het oordeel van de Afdeling is dit standpunt *niet onredelijk* (curs. TN).

In vergelijking tot de rechterlijke toetsing van een activiteit aan een omgevingsplanregel, zou het volstaan met een redelijkheidstoets impliceren dat het enkele verschuiven van de norm van de planregel naar een wetsinterpreterende beleidsregel, gevolgen heeft voor de indringendheid van de rechterlijke toetsing terwijl het materieel gezien gaat om de toepassing van dezelfde norm. Dit brengt mij bij de tweede onderzoeksvraag in deze bijdrage, te weten op welke wijze de bestuursrechter een activiteit aan wetsinterpreterende beleidsregels toetst of zou moeten toetsen. Naar mijn mening moet dat een toetsing zijn die gelijk is aan de toetsing van een activiteit aan bestemmingsplanregels. In Struiksmas woorden: een toetsing 'zonder terughoudendheid'. In het voornoemde voorbeeld van de reclameregels uit het Omgevingsplan Hembrug e.o., valt mijns inziens niet te beargumenteren dat het enkele feit dat de eisen een plaats hebben gekregen in de wetsinterpreterende beleidsregels en niet in de planregels, een minder vergaande rechterlijke toetsing rechtvaardigt. Met de vaststelling van de beleidsregels is als gezegd hetzelfde normatieve doel beoogd als men met een planregel had kunnen bereiken. Indachtig de rechtspraak over de beschrijving in hoofdlijnen: niet de plaats of het etiket van een regel behoort maatgevend te zijn voor de wijze van rechterlijke toetsing aan die regel, maar de met die regel beoogde functie moet de bepalende factor zijn.

## 5 Conclusie

In 1991 concludeerde Jan Struiksmas dat beleidsregels in een bestemmingsplan niet thuishoren. Die conclusie geldt ook voor het omgevingsplan zoals de Omgevingswet dat introduceert. De rol van beleidsregels - met name wetsinterpreterende beleidsregels - bij de uitvoering van een omgevingsplan moet echter niet worden onderschat. Over de band van de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit, zal de betekenis van beleidsregels zich veelvuldig manifesteren. Het risico bestaat dat de normstelling verschuift van de planregel naar de wetsinterpreterende beleidsregel waardoor de normerende functie van het omgevingsplan wordt uitgehold. Wat betreft de vraag of een activiteit voldoet aan hetgeen in een wetsinterpreterende beleidsregel is bepaald, is in deze bijdrage gepleit voor een rechterlijke toetsing zonder terughoudendheid. Alsof de wetsinterpreterende beleidsregel een omgevingsplanregel is. Juridisch gezien is dat natuurlijk niet zo want beleidsregels zijn - anders dan bestemmingsplanregels - niet gebaseerd op een regelgevende bevoegdheid maar op een bestuursbevoegdheid. Beleidsregels horen om die reden niet in een omgevingsplan thuis.

---

40 ECLI:NL:RVS:2019:111 met name r.o. 7.1.

# Knippen en plakken met de omgevingsvergunning

*Mr. dr. ing. Th. (Dick) Peters*

## 1 Inleiding

Toen er tijdens een bijeenkomst van het genootschap *De Kleine Kaart*<sup>1</sup> de nodige kritiek neerdaalde op het ministerie van VROM omdat dat ministerie zich bij het voorbereiden van de wetgeving op het terrein van de ruimtelijke ordening steeds minder leek te bekommeren om een goed doordachte en werkbare regeling, opperde Jan dat het toch mogelijk moest zijn om een ruimtelijke ordeningswet te maken van hooguit 10 artikelen. Jan vond dat eigenlijk alleen het bestemmingsplan, een daaraan gekoppelde vergunning en misschien nog iets over schadevergoeding geregeld moest worden. Het vergde wel dat men bereid was systematisch na te denken. Jan had dan ook maar weer eens, met lichte tegenzin, plaatsgenomen in een ministerieel adviesclubje om deze boodschap voor het voetlicht te brengen. Jans boodschap is kennelijk niet goed overgekomen, want naar verwachting zal ergens in de komende 10 jaar de Omgevingswet in werking treden, maar duidelijk is dat we ver wegblijven van zijn streven naar een bondige en overzichtelijke wettelijke regeling. Hoewel het thema van de Omgevingswet 'Eenvoudig beter' is, wordt de wettelijke regeling van het omgevingsrecht zeker niet eenvoudiger<sup>2</sup> en of het beter wordt, valt nog te bezien.

In deze bijdrage zal ik ingaan op de regeling van de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen en dan in het bijzonder op het voorstel dat de regering in de Invoeringswet Omgevingswet heeft gedaan om die vergunning op te knippen in twee vergunningen: één voor de bouwtechnische toets en één voor de ruimtelijke toets van bouwwerken. Het wordt gepresenteerd als een verfrissend nieuw idee en de (bouw-)praktijk reageert ook tamelijk enthousiast op deze tweedeling, die ik hierna als 'de knip' zal aanduiden. Ik zal in de eerste plaats kort ingaan op de geschiedenis van de bouwvergunning, waaruit zal blijken dat het eerste idee voor een knip al meer dan 70 jaar geleden is gedaan en daarna regelmatig is herhaald. Vervolgens zal ik ingaan op de argumenten om het nu nog een keer te proberen en naar aanleiding van dat alles zal ik tot slot een voorstel doen om de wensen van de minister en de ervaringen uit het verleden te combineren.

---

1 In het voorwoord van het proefschrift van Jan (J. Struiksma, *Verwant zonder verband*, 1993, p.VI) aangeduid als *geheim* genootschap.

2 Hoewel de ministeriële Omgevingswet-website wel trots meldt dat we door de Omgevingswet van 26 wetten naar 1 wet gaan, van 5000 wetsartikelen naar 350, van 120 ministeriële regelingen naar 10, van 120 amvb's naar 4 en van meerdere bestemmingsplannen naar 1 omgevingsplan, wordt het omgevingsrecht er volgens mij zeker niet eenvoudiger op.

## 2 De toetsing van bouwinitiatieven

In de eerste decennia van de vorige eeuw was de bouwvergunning in de Woningwet gegroeid van een toetsingsinstrument voor alleen bouwtechnische aspecten naar een instrument dat ook rekening hield met de ruimtelijke aspecten van een beoogd bouwwerk. Die ontwikkeling moest ook worden gecodificeerd en onder meer die codificatiewens leidde tot de instelling van een staatscommissie die de nieuwe volkshuisvestingswetgeving moest ontwerpen. Dat mondde uiteindelijk uit in het ontwerp voor een nieuwe Woningwet door de staatscommissie-Frederiks in 1940. In dat wetsontwerp werden stedbouw en volkshuisvesting in één (Woning-)wet geregeld, mede omdat de staatscommissie vond dat tussen beide materies via de bouwvergunning een band bestond.<sup>3</sup> Voor werken van duurzame aard, niet zijnde bouwwerken, werd een aparte vergunning voorgesteld die de commissie aanlegvergunning noemde.

Na de Tweede Wereldoorlog werd het werk van deze staatscommissie voortgezet en bij de tijd gebracht door de staatscommissie-Van der Bergh; deze staatscommissie koos er echter nadrukkelijk voor om de ruimtelijke ordening (de commissie spreekt over 'ruimtekundige ordening', maar dat is synoniem met ruimtelijke ordening, planologie of stedbouw<sup>4</sup>) en de volkshuisvesting strikt te scheiden door de bouwkundige regeling in de Woningwet vast te leggen en een nieuwe regeling van de ruimtelijke ordening te voorzien in een Ruimtetwet. In de ogen van de staatscommissie moesten alle gebruiksveranderingen een toetsing op planologische aanvaardbaarheid ondergaan en daartoe werd de (door de staatscommissie-Frederiks al geïntroduceerde) aanlegvergunning gebruikt. Deze aanlegvergunning was vereist voor alle gebruiksveranderingen en zou moeten bestaan naast een bouwvergunning op basis van de Woningwet voor bouwwerken.<sup>5</sup> In de ogen van de staatscommissie-Van den Bergh waren er dus voor bouwwerken twee vergunningen nodig: een aanlegvergunning (voor de ruimtelijke toets) en een bouwvergunning (voor de bouwtechnische toets).

De regering heeft in 1955 bij de indiening van het wetsvoorstel naar aanleiding van dit laatste voorstel wel gekozen voor een aparte regeling van de ruimtelijke ordening (waarbij de 'Ruimtetwet' werd hernoemd tot Wet op de Ruimtelijke Ordening), maar voor de regeling van de aanlegvergunning valt de regering terug op het voorstel van de staatscommissie-Frederiks: de ruimtelijke toets van bouwinitiatieven werd in de bouwvergunning opgenomen en alleen voor de niet-bouwactiviteiten bleef de aanlegvergunning bestaan en die vergunning was alleen nodig als het bestemmingsplan dat voorschreef. De Memorie van Toelichting meldt dat 'het voorstel van de commissie (*Van den Bergh* - dp) zich theoretisch zeer wel laat verdedigen. De praktische bezwaren zijn echter

---

3 Staatscommissie-Frederiks, *Verslag* (1940), p. 8

4 Zie hierover P. van der Ree, *Met woord en kaart: over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling*, Utrecht, 2000, p. 216, noot 261.

5 Art.24 lid 1 ontwerp-Ruimtetwet introduceert een wettelijk aanlegvergunningvereiste voor bouwwerken en zeven groepen van andere werken of werkzaamheden. Volgens lid 2 moet een gemeentelijk bestemmingsplan bepalen of en in hoeverre voor deze laatstgenoemde groepen geen aanlegvergunning vereist is. Lid 3 opent de mogelijkheid dat een amvb bepaalde werken of werkzaamheden uitzondert van de aanlegvergunningplicht of deze plicht van toepassing verklaart op andere werken en werkzaamheden. Zie Staatscommissie-Van den Bergh, *Verslag* (1950), p.47. Zie ook noot 272 in het hiervoor in noot 4 aangehaalde boek van P. van der Ree.

zeer groot. Technisch hangen bouwverordening en planologische maatregelen zeer nauw samen. Het is daarom voor een goede gang van zaken noodzakelijk, dat bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een bouwwerk met alle voorschriften tezamen rekening kan worden gehouden. Bovendien zou het dubbele vergunningstelsel voor de burger extra last en moeite veroorzaken.<sup>6</sup>

Daarmee geeft de regering in 1955 al de kern van het probleem van het knippen van de bouwtechnische en ruimtelijke toets aan: beide toetsen vertonen veel samenhang en onderlinge afhankelijkheid.

De opvatting van de regering bij het wetsvoorstel in 1955 overtuigt niet iedereen en de roep om het knippen van de bouwvergunning in twee delen blijft ook na de inwerkingtreding van de nieuwe wettelijke regelingen bestaan. Zo citeert Struiksma in zijn proefschrift Kleijn, die als nadeel van het samenbrengen van verschillende onderwerpen in een vergunning, zoals bij de bouwvergunning was gebeurd, zag dat aanvragen voor een vergunning waarbij maar één aspect aan de orde is, toch in de algemene behandelingsprocedure worden opgenomen. Dat is in zo'n geval niet nodig en daarom zag Kleijn meer in zorgvuldige gelijkschakeling van parallelle vergunningen.<sup>7</sup>

De voortdurende roep om een aparte 'planologische' vergunning voor het bouwen, heeft uiteindelijk in 2003 geleid tot de regeling van de gefaseerde bouwvergunning in de artikelen 56a en 56b van de Woningwet. Voor de toentertijd regulier vergunningplichtige bouwwerken kon de aanvrager verzoeken om gefaseerde behandeling van zijn aanvraag. Bij een dergelijke gefaseerde behandeling nam het college van burgemeester en wethouders twee beslissingen: in de eerste fase over ruimtelijke toets van het bouwplan (bestemmingsplan, stedenbouwkundige voorschriften uit de bouwverordening, redelijke eisen van welstand) en in de tweede fase over de bouwtechnische uitwerking van het bouwplan (met toetsing aan het Bouwbesluit en de niet-stedenbouwkundige voorschriften uit de bouwverordening). Zowel de eerste fase-beslissing als de tweede fase-beslissing waren vatbaar voor bezwaar en beroep. Het rechtsgevolg van een eerste fase-beslissing (ook als dat een weigering betrof), was dat de bouwvergunning tweede fase mocht worden aangevraagd. Als die aanvraag vervolgens voldeed aan de bouwtechnische eisen, moest - gelet op het limitatief-imperatieve systeem - deze bouwvergunning tweede fase worden verleend (zelfs als de eerste fasevergunning was geweigerd). Het recht om te bouwen ontstond dan ook pas als zowel de eerste fase- als tweede fasevergunning voor hetzelfde bouwplan waren verkregen.<sup>8</sup> Het beste viel deze regeling te zien als twee puzzelstukjes: alleen als een aanvrager beschikte over twee in elkaar passende puzzelstukjes heeft hij een complete vergunning, die een bouwrecht gaf. Vooral de regeling in artikel 56b van de Woningwet, waarin de mogelijkheid tot aanpassing van een van de twee fase-aanvragen

6 *Kamerstukken II 1955/56, Handelingen, 4234, nr. 3, p.15.*

7 A. Kleijn, 'De vergunning in het licht van de bestuurswetenschap', *BR 1970*, p.500 e.v., geciteerd in J. Struiksma, *Verwant zonder verband*, 1993, p. 10.

8 Anders: J.M.H.F. Teunissen, 'De komende herziening van de Woningwet op het punt van de bouwvergunningsprocedure en het vergunningvrij bouwen', *Gst 2001*, 7141, 1. Hij stelt daar dat de tweedefasevergunning bouwrecht geeft, maar gaat daarbij volgens mij voorbij aan de mogelijkheid dat de eerstefasevergunning kan worden geweigerd.

was gegeven, maakte de regeling van de fasevergunning vrijwel onleesbaar en praktisch onuitvoerbaar.<sup>9</sup>

Bij de inwerkingtreding van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) verviel de tweefasenvergunning dan ook weer. De regering zag nu juist veel 'evidente procedurele en financiële voordelen' in het in één keer aanvragen van de omgevingsvergunning.<sup>10</sup> Hoewel het dus niet de gewenste route was, wilde de regering het opknippen van een project ook weer niet onmogelijk maken. Daartoe werd in het systeem van de Wabo de mogelijkheid geopend om een project, dat uit verschillende activiteiten bestaat, te verdelen in aparte vergunningen voor een deel van de activiteiten waaruit het project bestond. Hiermee werd een deel-omgevingsvergunning geïntroduceerd. Het verdelen van een project in deel-omgevingsvergunningen is niet mogelijk als tussen de activiteiten onlosmakelijke samenhang bestaat: dan moeten die activiteiten, gelet op artikel 2.7 van de Wabo, tezamen worden aangevraagd.<sup>11</sup> Maar dat hoeft weer niet als één van de onlosmakelijk samenhangende activiteiten de strijd met het planologisch regime betreft: die activiteit<sup>12</sup> mag altijd los en voorafgaand aan de andere toestemmingen worden aangevraagd, zo stelt artikel 2.7, eerste lid, tweede volzin van de Wabo.

Zeker bij complexe projecten is het, in weerwil van de wens van de regering, heel gebruikelijk dat deelvergunningen worden aangevraagd omdat veel initiatiefnemers pas kosten willen maken voor het indienen van vervolgaanvragen als men eerst weet dat bepaalde essentiële onderdelen vergunbaar zijn. Een veel gebruikt voorbeeld<sup>13</sup> hiervan is de bouw van een garage met een bijbehorende inrit. De bouwer zal eerst willen weten of de inrit mag en waar die precies komt te liggen, voordat de te bouwen garage wordt ontworpen en getekend. Dan ligt voor de hand om eerst een omgevingsvergunning voor het hebben van een uitweg te vragen om, nadat die vergunning is verkregen, de bouwaanvraag in te dienen.

Omdat de onlosmakelijke samenhang tussen activiteiten het opknippen in deelvergunningen in de weg kan staan, heeft de wetgever ook nog voorzien in een andere (derde) route<sup>14</sup> die een aanvrager kan kiezen: de fasevergunning. Gelet op artikel 2.5, eerste lid van de Wabo kan een initiatiefnemer kiezen hoe hij de vergunningplichtige activiteiten over maximaal 2 fasen verdeelt. Iedere fase levert een appellabele beschikking op; de twee fasebeschikkingen tezamen vormen de omgevingsvergunning (zie artikel 2.5, achtste lid van de Wabo). De mogelijkheden van de fasevergunning lijken daarmee op de deelomgevingsvergunning, maar het verschil zit in de onlosmakelijke samenhang. Een activiteit, die onlosmakelijk samenhangt met een deelomgevingsvergunning, moet bij

---

9 F.C.M.A. Michiels, A.G.A. Nijmeijer en J.A.M. van der Velden, *Het wetsvoorstel Wabo*, preadvies VBR, 's-Gravenhage, 2007, p. 42. Zij melden daar dat de procedurele ingewikkeldheid deze regeling geen doorslaand succes maakte.

10 *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, nr.8, p. 21.

11 *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, nr.8, p.22.

12 Activiteiten zijn de vergunningplichtige onderdelen van een omgevingsvergunning, waarbij alle activiteiten op een feitelijke activiteit slaan (bouwen, kappen, etc.) behalve de activiteit 'gebruiken in strijd met het bestemmingsplan' in artikel 2.1, eerste lid onder c van de Wabo; deze 'activiteit' is niet meer dan een juridische constructie.

13 Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, nr. 8, p. 22.

14 De derde route omdat de regering immers het liefst ziet dat één aanvraag voor alle projectactiviteiten tezamen wordt gedaan.



die deelomgevingsvergunning worden meegenomen. Bij de fasevergunning hoeft dat niet.

De fasevergunningregeling lijkt ook erg op de voormalige tweefasen-bouwvergunning uit de Woningwet, maar bij de tweefasenbouwvergunning wordt binnen één activiteit (bouwen) gesplitst in twee delen. Daarmee kon het toetsingskader binnen één activiteit worden gesplitst.

Dat kan bij de omgevingsvergunning-fasebeschikking niet: die fasebeschikking gaat altijd over een complete activiteit (maar niet over een compleet project). In het oorspronkelijk wetsvoorstel voor de Wabo was overigens wel de mogelijkheid opgenomen om ook in de toetsingsgronden per activiteit te knippen, maar bij de nota van wijziging<sup>15</sup> is de regeling van de fasevergunning flink veranderd naar een 'systeem van flexibele fasering'. Daarbij is de mogelijkheid om in de toetsingsgronden van een activiteit te knippen, geschrapt.

Dat schrappen lijkt vooral te zijn ingegeven door de wens om het niet nog complexer te maken door nog een extra (vierde) route te introduceren. Ik zie niet dat de regering principiële bezwaren had tegen het verdelen van de toetsingsgronden over verschillende beslissingen bij een project. En met het voorstel om een knip te gaan invoeren in de bouw-omgevingsvergunning in de Omgevingswet wordt duidelijk dat die bezwaren er nu zeker niet meer zijn.

Ik zou er daarom voor willen pleiten om die vierde route nu alvast in te voeren. Het kan immers nog best wel even duren voordat de Omgevingswet in werking treedt en als we het knippen in faseomgevingsvergunningen nu al regelen, weten we te zijner tijd ook beter of er echt wel behoefte is aan geknipte besluitvorming in de Omgevingswet. Het is ook niet heel lastig te regelen: bij de regeling van de fasevergunning zouden we de splitsing in toetsing aan bouwtechnische eisen (als bedoeld in artikel 2.10, eerste lid, onder a en b van de Wabo) en aan de planologische en welstandeisen (als bedoeld in artikel 2.10, eerste lid, onder c, d en e van de Wabo) kunnen toelaten.<sup>16</sup> Ik merk overigens op dat de in artikel 2.5 van de Wabo geregelde fasebeschikkingen bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet zullen komen te vervallen. Onder de Omgevingswet wordt slechts met integrale of deelomgevingsvergunningen gewerkt; dat is in de visie van de wetgever ook logisch omdat het begrip 'onlosmakelijke samenhang' in die wet wordt losgelaten. Het opknippen van toetsingskaders kan in die visie niet meer eenvoudig worden geregeld en dus wordt daar een nieuwe vergunning voor geïntroduceerd.

15 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr.8, p. 25.

16 Dat zou heel eenvoudig kunnen door aan artikel 2.5, eerste lid Wabo toe te voegen '...aan te geven activiteiten of bij een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid onder a, op de toetsingsgronden als bedoeld in artikel 2.10, eerste lid onder a en b of de toetsingsgronden als bedoeld in artikel 2.10, eerste lid onder c, d en e.'



### 3 De knip in de bouwomgevingsvergunning van de Omgevingswet

Het zal duidelijk zijn dat al ruim 70 jaar wordt gediscussieerd over de keuze tussen het integreren of knippen van toetsingsgronden in het bouwvergunningstelsel. Wat daarbij opvalt is dat de wetgever enerzijds steeds kiest voor verdere integratie van onderwerpen in de vergunning met als voorlopig eindpunt de omgevingsvergunning, waarin alle vergunningplichtige activiteiten in de fysieke leefomgeving zijn geïntegreerd, maar dat de praktijk en literatuur blijven sputteren en blijven roepen om het opknippen in losse vergunningen of losse vergunningdelen. Die tendens roept de vraag op voor wie de wetgever nu eigenlijk integreert. De dagelijkse bouwpraktijk heeft er kennelijk niet zoveel mee op en wil graag de mogelijkheid hebben om een project in delen en deelbeslissingen op te knippen. Om ook aan die wens tegemoet te komen, verzint de wetgever allerlei varianten waarbij de geïntegreerde vergunning in formele zin behouden blijft, maar feitelijk wordt opgeknipt in delen of fases. Dat heeft weer als nadeel dat er een complex stelsel ontstaat, waarbij rechtzoekende burgers het spoor bijster raken in het woud van deel- en fasevergunningen.

In de Omgevingswet valt ook op dat naast de geïntegreerde omgevingsvergunning (net zoals bij de Wabo) ook deelvergunningen voor losse activiteiten kunnen worden verleend. En in het voorstel voor een Invoeringswet Omgevingsrecht wordt de deelomgevingsvergunning voor de activiteit bouwen weer verder geknipt in twee delen: een deel met een bouwtechnische toetsing en een deel waarbij de gemeenteraad in het omgevingsplan kan bepalen dat voor bepaalde bouwwerken een omgevingsvergunning (voor de omgevingsplanactiviteit) nodig is. Deze laatste vergunningplicht verschuift dus van een regeling, waarbij op nationaal niveau wordt bepaald welke bouwactiviteiten vergunningplichtig zijn, naar een regeling waarbij dat op lokaal niveau gebeurt. Als een gemeenteraad geen vergunningplicht voor bepaalde bouwwerken in het omgevingsplan opneemt, zijn die bouwwerken planologisch<sup>17</sup> vergunningvrij. In het wetsvoorstel van de Invoeringswet is ook nog een tussenvorm gesuggereerd voor de planologisch niet-vergunningplichtige bouwwerken; daarvoor kunnen nog wel algemene regels in het omgevingsplan worden gesteld. Maar voor zover in die regels dan open normen voorkomen, is het aangewezen om daar dan toch een vergunningplicht voor op te nemen.<sup>18</sup>

De regering vreest vervolgens wel dat sommige gemeenteraden de nieuwe vrijheid gaan gebruiken om flink wat bouwwerken, ook de bouwwerken die nu volledig vergunningvrij zijn, onder het planologische vergunningstelsel in het omgevingsplan te brengen. Daarmee zou de beoogde winst van de knip in zekere zin weer volledig verloren gaan. Daarom denkt de regering er ook over na om via een instructieregel bepaalde bouwwerken in ieder geval omgevingsplan-vergunningvrij te maken.<sup>19</sup>

---

17 Ik gebruik hier toch het woord 'planologische toets', maar misschien kan beter over 'omgevingstoets' worden gesproken, alhoewel ook de bouwtechnische toets als onderdeel van de omgevingstoets kan worden gezien.

18 *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 3, par. 2.2.1.3.

19 *Kamerstukken II* 2017/18, 33962, nr. 185, p. 9 en 10.

Het voorstel om de knip in te voeren is over het algemeen positief ontvangen. Brouwer en Rademaker noemen de nieuwe vergunningplicht 'een nieuwe creatieve vinding'<sup>20</sup> en wijzen vooral op het voordeel dat dan eenvoudig vergunningvrije bouwwerken (voor de bouwtechnische toetsing) kunnen worden aangewezen, waarbij geen rekening behoeft te worden gehouden met 'allerlei ruimtelijke motieven'.<sup>21</sup> Het bepalen of een vergunningplicht nodig is, kan ook preciezer per toetsingskader worden bepaald. Dat leidt volgens deze auteurs tot een belangrijke vereenvoudiging. Toch zijn er ook bedenkingen: Nijmeijer vreest dat er een complexe regeling moet komen, met elementen van zowel de gefaseerde omgevingsvergunning als de gefaseerde bouwvergunning. Die complexe regeling is nodig omdat afstemming van de aanvragen tussen beide vergunningen nodig is en omdat er een lastige appellabiliteitsregeling ontstaat.<sup>22</sup> Van Driel vreest dat een grotere categorie vergunningvrije bouwwerken voor initiatiefnemers tot ongewenste onzekerheid gaat leiden. Niet ondenkbaar en zelfs waarschijnlijk<sup>23</sup> is dat initiatiefnemers zich tot de gemeente gaan wenden met de vraag of hun bouwvoornemen inderdaad vergunningvrij is. Het antwoord op die vraag is niet bestuursrechtelijk toetsbaar en evenmin kan het uitblijven van een antwoord op die vraag worden aangevochten. Van Driel pleit ervoor om de jurisprudentie omtrent bestuurlijke rechtsoordelen zo aan te passen dat die oordelen eerder als een appellabel besluit worden gezien.<sup>24</sup> Schueler wijst ook op dit probleem en vindt de oplossing van de regering (ook bij vergunningvrije bouwwerken toch een vergunning aanvragen, die dan buiten behandeling zal worden gesteld) niet erg effectief.<sup>25</sup> Schueler wijst er op dat de Afdeling advisering van de Raad van State heeft gesuggereerd om hier een conformiteitsverklaring voor in te voeren. De bezwaren van Van Driel en de Afdeling advisering lijken mij terecht; de suggestie van de regering om de onzekerheid in concrete gevallen weg te nemen door dan toch maar een vergunningaanvraag in te dienen, geeft aan dat ook de regering dit probleem erkent. Het lijkt mij ook niet makkelijk uit te leggen: als een burger zeker wil weten dat iets vergunningvrij is, moet hij een vergunning aanvragen. Het roept meer principieel de vraag op of er nu zoveel gewonnen wordt door bij vergunningvrije bouwwerken een alternatief toetsingsinstrument voor te stellen (de door de regering geopperde quasi-vergunningaanvraag, een bestuurlijk rechtsoordeel, een conformiteitsverklaring). Hiermee wordt het stelsel zeker niet eenvoudiger of beter.

Ik begin steeds meer te twijfelen aan het nut van (het uitbreiden van) vergunningvrij bouwen. Dat iets 'vrij' is suggereert minder overheidsbemoeienis en dat is politiek mogelijk aantrekkelijk, maar het verhuult de werkelijkheid, waarbij de regelingen zo complex worden dat een leek redelijkerwijs niet meer kan weten of hij een vergunning moet

20 Een kwalificatie die met een korreltje zout moet worden genomen, als we weten dat dit 80 jaar geleden verzonnen is.

21 F. Brouwer en B. Rademaker, 'Een nieuwe opzet van de vergunningplicht voor bouwwerken in de Omgevingswet', *TBR* 2017/29.

22 A.G.A. Nijmeijer, 'Een nieuwe opzet voor de omgevingsvergunning voor bouwen in de Omgevingswet? Eenvoudiger gezegd dan gedaan', *BR* 2016/56.

23 Gelet op de zekerheid die geldverstrekkers zullen willen hebben en gelet op het feit dat relatief omvangrijke vergunningvrije bouwwerken veel investeringen zullen vragen.

24 M.M. van Driel, 'Een nieuwe opzet voor een vergunningplicht voor bouwactiviteiten: hoe zit het met de rechtsbescherming', *BR* 2017/37.

25 B. Schueler, 'Kroniek van het omgevingsrecht', *NJB* 2018, p.1875. Hij noemt het eufemistisch 'geen voorbeeld van dejuridicering'.

(laten) aanvragen. Zou het niet veel verstandiger zijn om het dogmatische uitgangspunt dat zoveel mogelijk vergunningvrij moet zijn, te verlaten? De vergunning is hét instrument om de onzekerheid weg te nemen en daarom kan men mijns inziens beter investeren in een snelle en efficiënte vergunningprocedure, dan in ingewikkelde en nieuwe procedurele regelingen rondom vergunningvrij bouwen. Ik zou er dan ook voor willen pleiten om in de Omgevingswet juist minder bouwwerken dan thans vergunningvrij te maken.

In het verlengde hiervan denk ik overigens ook dat de regering een te optimistisch beeld heeft over de bereidheid bij gemeentebesturen om heel veel bouwwerken in het omgevingsplan vergunningvrij te verklaren. Vanuit stedenbouwkundig en planologisch opzicht valt er best kritiek te geven op de huidige lijsten van vergunningvrij bouwen. Een bijbehorend bouwwerk in een cultuurhistorisch waardevol bebouwd gebied (niet zijnde een beschermd stads- of dorpsgezicht) of een hekwerk als perceelsafscheiding van 1 meter hoog in een waardevol open landschap of natuurgebied lijken mij niet op voorhand altijd gewenst, maar zijn thans wel altijd vergunningvrij. Een vorm van toetsing zou in dat soort gevallen niet misstaan. Zelf vind ik dat het bouwen van steeds verschillende, soms oerlelijke schuttingen en andere perceelsafscheidingen best wel meer mag worden mogen worden gecontroleerd. Het lijkt mij niet ondenkbaar dat stedenbouwkundigen dankbaar gebruik gaan maken van de verruimde mogelijkheid om in omgevingsplannen bouwwerken als vergunningplichtig aan te merken, zodat ook bouwwerken die thans vergunningvrij zijn, weer vergunningplichtig gaan worden.<sup>26</sup>

Dat denkt de minister kennelijk ook. Ik wees al op de aankondiging van een ministeriële instructieregel, die omgevingsplanvergunningvrije bouwwerken zou moeten gaan aanwijzen. Die suggestie stuit echter op het bezwaar dat Nijmeijer noemt: als bouwen in beginsel niet aan een omgevingsplan wordt getoetst behalve als het omgevingsplan anders bepaalt, kan de minister dat niet vervolgens vergunningvrij maken.<sup>27</sup> Dat kan dan alleen als er een landelijk verbod op bouwen zonder omgevingsvergunning is en dat landelijk verbod wordt nu juist afgeschaft.

## **4 Analyse en oplossing van het probleem**

Welk probleem wil de regering gaan oplossen met de knip? De brief aan de Tweede Kamer en de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor een Invoeringswet Omgevingswet geven daarvoor drie argumenten:

- a. Het aantal vergunningvrije bouwwerken kan door het knippen groter worden;
- b. De toetsing van vergunningplichtige bouwvoornemens zou niet meer moeten omvatten dan nodig is;

---

26 De wens tot een strikte controle op gebruiksveranderingen bestaat nog steeds bij veel gemeentebesturen. Brouwer en Rademaker wijzen er ook niet voor niets op dat veel bestemmingsplannen erg gedetailleerd en behoudend zijn (zie noot 21); een klacht die vanuit ministerieel oogpunt al tientallen jaren wordt geuit (denk aan de ministeriële voorbeeldnota uit 1989: *Bestemmen met beleid*, waarbij de minister van VROM op pag. 11 opmerkt: 'Wat is het nut van zeer verfijnde bestemmingsplannen, als daar met grote regelmatig van moet worden afgeweken?'). Waarom zou die kennelijk onwrikbare opvatting van gemeentebesturen bij omgevingsplannen opeens anders worden?

27 Zie het eerdere aangehaalde artikel van Nijmeijer (noot 22), in het bijzonder p. 3.

- c. Het vergunningstelsel moet flexibeler worden, door tijdsvolgordelijk aanvragen van de geknipse activiteiten mogelijk te maken.

Deze argumenten doen vermoeden dat er een achterliggend probleem is, dat dan zou bestaan uitodeloze vergunningplichten, nodeloos toetsen en praktijkproblemen door een te starre vergunningprocedure. Het zou best kunnen dat dit bestaande problemen zijn, maar enig onderzoek ontbreekt. Het lijkt mij vooral een gevoel.

Nadat de knipregeling in werking zou treden, zal iemand die een bouwwerk wil gaan bouwen worden geconfronteerd met:

1. ofwel de noodzaak van twee deelvergunningen, de omgevingsplanactiviteit-omgevingsvergunning en de bouwomgevingsvergunning;
2. ofwel de noodzaak van één van deze twee deelvergunningen, dus of een omgevingsplanactiviteit-omgevingsvergunning of een bouwomgevingsvergunning
3. ofwel zijn bouwwerk is volledig vergunningvrij (maar dan moet hij mogelijk wel voldoen aan algemene regels uit de bouwregelgeving en/of uit het omgevingsplan).

De regering ziet de knip als oplossing voor de gevallen waarin de ene toets wel nodig is en de andere niet, dus voor de tweede geschetste situatie met één vergunning. Onder de Wabo heeft het preventief toetsen van één van de twee hoofdtoetsingsgronden tot gevolg dat die bouwwerken ook aan de andere toets moeten worden onderworpen. Dat is niet per se nodig en daar is dus winst te behalen, in die zin dat die toetsing beperkt kan worden. De oplossing van de regering, het knippen van de bouwomgevingsvergunning in twee vergunningen, heeft echter ook belangrijke nadelen, bijvoorbeeld omdat voor de bouwwerken waar beide toetsen nodig zijn, nu dus twee vergunningen moeten worden aangevraagd. Dat gaat in die gevallen leiden tot de door Nijmeijer aangegeven coördinatie- en rechtsbeschermingsproblemen, die alleen met complexe aanhoudingsregelingen kunnen worden opgelost. Het gaat om dezelfde problemen die de regering bij het wetsvoorstel voor een Wet op de Ruimtelijke Ordening, in de jaren '50 van de vorige eeuw al voorzag. Het gaat ook om dezelfde problemen die tot het failliet van de tweefasenvergunning in artikel 56a en 56b van de Woningwet hebben geleid. Ik zie niet in waarom het deze keer anders gaat aflopen.

Er is zonder al te veel moeite ook een eenvoudige oplossing van veel van de door de regering genoemde problemen te verzinnen. Zonder een nieuw vergunningvereiste te introduceren is een regeling denkbaar waarbij bepaalde bouwwerken wel aan de ruimtelijke toets, maar niet aan de technische toets (en omgekeerd) worden onderworpen.<sup>28</sup>

28 Als mogelijke invulling zou het tweede lid van artikel 5.20 van de Omgevingswet kunnen luiden (de cursieve delen zijn mijn toevoegingen):

Deze regels strekken er in ieder geval toe dat de vergunning voor de bouwactiviteit:

a. wordt geweigerd als niet aan de krachtens artikel 4.21 gestelde regels over bouwactiviteiten is voldaan, *tenzij het een bouwwerk betreft als bedoeld in [de amvb]*.

b. wordt geweigerd als deze in strijd is met een in het omgevingsplan gestelde regel over bouwactiviteiten of het gebruik van bouwwerken, *tenzij*

- vanwege deze strijd al een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit is of tegelijkertijd met de omgevingsvergunning voor de bouwactiviteit wordt verleend, of

- *het een bouwwerk betreft als bedoeld in [de amvb]*.

c. kan worden geweigerd (...).

Als dan aansluitend in de bijbehorende amvb wordt geregeld dat bepaalde bouwwerken vergunningvrij zijn, bereikt de regering datgene wat ze met de knip willen bereiken, zonder de daaraan klevende nadelen en bezwaren. Ook het tijdsvolgordelijk aanvragen van een technische bouwtoestemming en een planologische toestemming kan vrij eenvoudig geregeld worden door de fasevergunning uit de Wabo te handhaven, maar dan met de in paragraaf 2 voorgestelde aanvulling.

## **5 Slot**

Het uit elkaar halen van de bouwtoetsing in enerzijds toetsing aan bouwtechnische en anderzijds planologische eisen is niets nieuws. Dat uit elkaar halen ('de knip') is zo'n 80 jaar geleden al voorgesteld en werd in 1940 door de staatscommissie-Frederiks en in 1955 door de regering verworpen: zij zagen niet zoveel in het knippen van deze toetsingsgronden, want hoewel het theoretisch best kon, is zo'n knip onpraktisch, maakt een integrale beoordeling van de toelaatbaarheid van een bouwwerk moeilijk en veroorzaakt voor burgers extra lasten. De wetswijzigingen sinds 1955 bevestigen steeds opnieuw dat dat oordeel van toentertijd zo gek nog niet was.

Ondanks deze lange voorgeschiedenis wordt de knip nu opnieuw uit de mottenballen gehaald en bevat de Invoeringswet Omgevingswet het voorstel om een knip in de bouw-omgevingsvergunning door te voeren. In de Invoeringswet wordt als motief van die gewenste knip aangevoerd dat het meer mogelijkheden biedt om het aantal vergunningvrije bouwwerken te kunnen uitbreiden en om de toetsing van resterende vergunningplichtige bouwwerken tot het hoogst nodige te kunnen beperken.

In de eerste plaats valt op dat de toelichting bij de Invoeringswet geen analyse bevat van een probleem dat door de huidige wetgeving zou bestaan: de knip lijkt vooral invulling te geven aan de politieke wens om de overheidsbemoeienis met het bouwen te beperken. Voor de bouwer kan dat interessant zijn, maar dat geldt niet (zonder meer) voor omwonenden van zo'n vergunningvrij bouwwerk. En zelfs voor de bouwer geeft de regeling van vergunningvrij bouwen zoveel onzekerheid, dat er een onvermijdelijke behoefte aan een appellabele bevestiging van dat vergunningvrije karakter zal ontstaan. Als de huidige omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen in twee omgevingsvergunningdelen wordt opgesplitst, zal voor beide vergunningdelen die vraag naar zekerheid over de (afwezigheid van een) vergunningplicht gaan ontstaan. De juridische oplossingen voor die gewenste zekerheid (een quasi-vergunningaanvraag, appellabele bestuurlijke rechtsoordelen of een conformiteitsverklaring) zullen op zichzelf ook weer tot allerlei bestuursrechtelijke procedures leiden, zodat de veronderstelde winst van meer vergunningvrij bouwen als sneeuw voor de zon verdwijnt. Daar komt dan nog bij dat de complexiteit van de bouwregelgeving verder toeneemt. Kortom: ik zie veel nadelen, tegenover één voordeel: daar waar nu soms een complete bouwtoetsing plaatsvindt, is dat straks soms een beperktere toetsing.

Daarom lijkt het mij verstandiger om te investeren in een snelle en efficiënte vergunningprocedure voor alle bouwactiviteiten, waarvan slechts zeer ondergeschikte bouwwerken zijn uitgezonderd.

Hou het simpel. Dat is toch uiteindelijk de boodschap van Jans ideaal van een WRO in 10 artikelen.



# Juliette in de Open Stad

*Prof. mr. H.D. (Hendrik) Ploeger & dr. ir. B. (Bastiaan) van Loenen*

‘We must plan for freedom, and not only for security, if for no other reason than only freedom can make security more secure.’

Karl Popper, *The Open Society and its Enemies*

## 1 Datarevolutie<sup>1</sup>

Eind 19<sup>e</sup> eeuw beschrijft de utopist Edward Bellamy in zijn roman ‘Looking Backward 2000-1887’ de wonderlijke avonturen van Julian West. Deze inwoner van de Amerikaanse stad Boston valt in slaap in 1887 om op miraculeuze wijze in het jaar 2000 te ontwaken. Geen spoor meer van de uitbuiting, sloppenwijken en onveiligheid die de ‘Gilded Age’, de culminatie van het laissez-faire kapitalisme in de VS met zijn ‘robber barons’, kenmerkten. In het derde millennium behoren armoede, werkloosheid en ongelijkheid tot het verleden. Iedereen woont in gezonde en ruime steden. Een perfecte afstemming tussen productie en consumptie, aan de hand van data over menselijk gedrag, productie en afzet heeft, aldus Bellamy, een einde gemaakt aan economische crises, tekorten en overproductie. Dat producten rechtstreeks vanuit centrale magazijnen naar de individuele klant worden gedistribueerd, doet ons denken aan de online winkel van vandaag. Ook de voorspelling van Bellamy dat in het jaar 2000 iedereen is aangesloten op een communicatienetwerk is werkelijkheid geworden. Julian West ontdekt dat hij de mogelijkheid heeft een college van een tophoogleraar op een topuniversiteit te volgen of te luisteren naar muziek uitgevoerd door de allerbeste orkesten ter wereld. Iedereen kan zo ook, zo vertelt zijn gastheer in het jaar 2000, zonder enige beperking, getuige zijn van belangrijke gebeurtenissen, waar dan ook. Inderdaad Bellamy’s utopie uit 1887 is nu werkelijkheid. Diensten als Youtube, Spotify of Netflix bieden een haast grenzeloze keuze aan muziek, films, documentaires en vlogs. Via een livestream zien we een demonstratie van ‘giliets jaune’ naar het parlamentsgebouw in Parijs optrekken. Wij zijn niet meer afhankelijk van een ooggetuigenverslag, zoals dat van John Reed over de Oktoberrevolutie van 1917 in zijn boek ‘Ten Days That Shook the World’.

Het is 2019. Inmiddels doet een nieuwe revolutie de wereld op zijn grondvesten trillen. Wij zijn allemaal getuigen van de Datarevolutie. De bijna acht miljard mensen op onze wereld (en hun apparaten) produceren onvoorstelbare hoeveelheden data. Een stroom data, zeven dagen per week, 24 uur per dag, over alle aspecten van het menselijk bestaan. Gegevens die in toenemende mate als open data publiek worden gedeeld en in

---

1 Deze bijdrage is deels een bewerking van H.D. Ploeger en B. van Loenen, 2050: ‘The Story of Urbidata’, in: B. Van Loenen, G. Vancauwenberghe & J. Crompvoets (eds), *Open Data Exposed*. Information Technology and Law Series, vol. 30, The Hague: TMC Asser Press 2018, p. 269-288. Voorts hebben wij gebruik gemaakt van ons manuscript voor ‘Duurzaam wonen’, Preadvies KNB 2019 (in druk).



combinatie met steeds krachtigere computers overheid, bedrijfsleven maar ook burgers de mogelijkheid bieden invloed uit te oefenen op alle aspecten van het leven. De wereld wordt slimmer en slimmer. Er wordt gewerkt aan slimme steden, met perfecte, op maat gesneden, duurzame, oplossingen. Er is perspectief op een veilig, risicoloos leven voor ieder van ons.

## 2 Inrichting van de slimme stad

Ruimte is een schaars goed: het ene ruimtegebruik sluit in beginsel het andere gebruik uit. Er moeten daarom keuzes worden gemaakt. De inzet van het instrumentarium van het ruimtelijk bestuursrecht is ondersteunend om die keuzes te realiseren. In de woorden van Jan Struiksma:

‘Ruimtelijke ordening is een onderdeel van de overheidszorg, waarbij het er om gaat diverse aanspraken op de fysieke omgeving (...) tegen elkaar af te wegen en tot keuzes te komen wat betreft de inrichting en het beheer van die omgeving. (...) Al bij oppervlakkige beschouwing is duidelijk dat in een dichtbevolkt land als Nederland op grote schaal conflicten zullen bestaan tussen ruimtelijke aanspraken. De overheid moet dus een intensieve rol spelen bij het voorkomen en oplossen van deze conflicten.’<sup>2</sup>

Bij de planning van het ruimtegebruik en het maken van de keuzes zal data steeds belangrijker worden.<sup>3</sup> Data bijvoorbeeld over luchtkwaliteit, vervoersnetwerken, kenmerken van wijken, buurten, straten en gebouwen, maar ook hoe mensen in de stad zich gedragen. Deze data is ook de basis voor de ‘smart city’, de slimme stad. De planning van de slimme stad is een veld waarop databedrijven als Google en Cisco zich steeds nadrukkelijker manifesteren.<sup>4</sup> De vraag rijst: wie is aan zet in de datagedreven stad? Om deze vraag te beantwoorden presenteren we twee visies op de slimme stad in 2050. Aldus openen we het debat over de richting die de datagedreven stad zou moeten inslaan.

## 3 Juliette in Urbidata

Wat is het toekomstperspectief voor de slimme, datagedreven stad? Geïnspireerd door Edward Bellamy voeren we hier als hoofdpersoon Juliette West op. Wat zal haar leven zijn in de stad Urbidata, een slimme metropool in het jaar 2050?

---

2 Jan Struiksma, *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht*, Amsterdam 2008, p. 1.

3 Michael Batty, ‘Big data, smart cities and city planning’, *Dialogues in Human Geography* 3.3 (2013), p. 274-279; Simon Elias Bibri, *Smart sustainable cities of the future: The untapped potential of big data analytics and context-aware computing for advancing sustainability*, Cham: Springer 2018, in het bijzonder hoofdstuk 5 (‘Unprecedented Innovations in Sustainable Urban Planning: Novel Analytical Solutions, and Data-Driven Decision-Making Processes’).

4 Zoals de inbreng van Sidewalks Lab (een activiteit van Alphabet, het moederbedrijf van Google) in het Waterfront project in Toronto: <https://www.sidewalklabs.com>. Zeer kritisch over deze ontwikkeling: Evgeny Morozov en Francesca Bria, *Rethinking the Smart City*, New York: Rosa Luxemburg Stiftung 2018. Voorts Sanne Blauw en Maurits Martijn, Zo voorkomen we dat onze steden veranderen in laboratoria voor techbedrijven, *De Correspondent* 17 februari 2019, <https://decorrespondent.nl/8977/zo-voorkomen-we-dat-onze-steden-veranderen-in-laboratoria-voor-techbedrijven/130639713578-4459edc3>.

Gebaseerd op huidige trends, schetsen we twee scenario's. Het eerste scenario voorziet in een tijdperk waarin de creatie, verwerking, verspreiding, gebruik en hergebruik van data wordt gecontroleerd door enkele wereldwijd opererende organisaties: de datadictators. Het tegengesteld scenario, de datademocratie, stelt dat data in 2050 voor iedereen te allen tijde en zonder beperkingen beschikbaar is.

### 3.1 Datadictatuur

Op het eerste gezicht is het leven van Juliette, en alle andere bewoners in de stad Urbidata perfect door alle mogelijkheden die nieuwe technologieën bieden. Veel taken zijn nu volledig geautomatiseerd: robots reinigen de wegen, kleine voertuigen brengen bestellingen rond, verkeersongelukken behoren tot het verleden, ieder huis heeft een optimaal leefklimaat, ambtenaren en juristen zijn vrijwel allemaal vervangen door Artificialle Intelligentie (AI).

Midden in de stad staat een enorm, kegelvormig gebouw. Er zijn geen vensters zichtbaar en er zijn maar een paar ingangen, die slechts bereikt kunnen worden via een beperkt aantal bruggen over de gracht rond de monolithische betonconstructie. Talloze sensoren volgen elke beweging in de omgeving. Robots zullen actie ondernemen bij elke verdachte beweging. Dit goed beschermde, bunkerachtige gebouw is het kloppende hart van de slimme samenleving: het *Data en Algoritme Hart* (DAH). Het gebouw herbergt een digitaal organisme dat 24/7 elk aspect van de samenleving bewaakt. De economie wordt gestuurd door DAH, individueel gedrag en prestaties en ook het politieke systeem wordt gecontroleerd door DAH. Toeval is iets uit het verleden. DAH bewaakt, kent en voorspelt alles en biedt daarom de beste oplossingen op basis van het individuele profiel van elke burger.

Als inwoner van Urbidata wordt het leven van Juliette gedomineerd door beslissingen op basis van haar gegevens en algoritmen die zijn ontworpen voor haar profiel. Mobiliteit in het jaar 2050 is volledig geautomatiseerd en Juliette wordt elke ochtend op precies het juiste moment opgehaald omdat haar werk en privé agenda's, haar persoonlijke gemoedstoestand en gezondheidsstatus-app zijn gekoppeld aan het autonome vervoerssysteem van de stad. Zoals elk gezin heeft Juliette een kinderverzorgingsrobot, die 24/7 verslag uitbrengt over de prestaties van de kinderen en het gezin. Natuurlijk bestelt de keuken autonoom de producten opdat de robo-kok een gezonde maaltijd kan bereiden, op basis van de beste beschikbare ingrediënten en rekening houdend met haar voorkeuren, haar humeur en wat het beste zal zijn voor haar gezondheid. Ventilatie, koeling en verwarming regelt de e-manager van het huis. Elk risico op een storing in het complexe systeem van apparatuur is uitgebannen.

DAH bepaalt hoe de stad zich ontwikkelt en hoe deze functioneert: wie mag waar wonen, in welke buurt en in welke woning (en met wie). De uitdagingen rond ruimtelijke planning hebben zo een oplossing gevonden door AI en de data die de stad genereert. In het (zeldzame) geval van criminaliteit of een geschil (bijvoorbeeld over een vergunning, een burengeschil, de kwaliteit van een opgeleverd bouwwerk), zal de geautomatiseerde rechter (gebaseerd op AI) het goede oordeel vellen, rekening houdend met alle beschikbare gegevens.

Hoewel ze geen toegang heeft tot de gegevens en algoritmen die haar leven bepalen, vertrouwt Juliette - zoals iedereen - het systeem volledig en gelooft dat zijn beslissingen het beste zijn voor haar en de samenleving. DAH-invoer en uitvoer wordt bestuurd door een beperkt aantal organisaties. De manier waarop het systeem is gebouwd en de complexiteit van zijn processen en algoritmen resulteerden in een de facto datadictatuur. Maar het is niet de dictator die Juliette kent van haar holografische geschiedenisbibliotheek, niet de politieke leider met absolute macht, zoals een Napoleon, Stalin of Ceaușescu; een mens met voorkeuren en grillen. Nee, de datadictatuur is een systeem ontwikkeld door een groep multinationals die de datastromen oogsten en controleren, met hun algoritmen die hen in staat stellen elk aspect van het leven te beheersen en te beïnvloeden. Een selecte groep mensen heeft een idee hoe delen van het systeem functioneren, maar niemand begrijpt volledig het ontwerp van het systeem en de principes van de invoer en uitvoer van DAH. Doordat DAH gebruik maakt van zelflerende systemen kan niemand meer bevatten hoe een beslissing tot stand komt. Iedereen vertrouwt erop dat DAH rechtvaardige beslissingen neemt.

Het leven in 2050 wordt bepaald door DAH. Dit heeft geresulteerd in processen die aanzienlijk sneller zijn dan in het verleden, het uitbannen van willekeur en corruptie, een optimale ruimtelijke ordening. Kortom: een zeer efficiënte samenleving. Burgers, bedrijven en de overheid produceren die gegevens en profiteren van de informatieproducten en beslissingen op basis van die gegevens, maar hebben de controle verloren. Hoewel DAH uitdraagt dat het mensen verbindt en de gemeenschap ondersteunt, worden alle gegevens die de burgers genereren alleen door dezelfde DAH aan dezelfde burgers aangeboden in de vorm van producten en diensten, waarvan zij volledig afhankelijk zijn geraakt. Het is daarom cruciaal dat DAH goed wordt beschermd, tegen natuurrampen, stroomuitval of niet-geautoriseerde interventies. Elk falen resulteert in een calamiteit; zelfs het einde van de beschaving denkt een enkele pessimist. Echter, zoals DAH verzekert, wordt elk beveiligingsrisico voorspeld, gemonitord en zal tijdig actie worden ondernomen. Elk risico lijkt slechts een technisch probleem dat door DAH kan en zal worden opgelost. Het alziende oog van DAH waakt over iedereen en alles.

Maar misschien doet er een andere ramp op. Als het doorlopend verzamelen en delen van data het verleden heeft vastgelegd en ons een zo nauwkeurig mogelijk, zij het ook continue bijgewerkt, beeld geeft van de toekomst, wat is daarvan de impact op de mensheid? Wat is de toekomst van fundamentele rechten? Is dit het einde van de menselijke autonomie?

Wellicht is het alternatief scenario aantrekkelijker...

### **3.2 Datademocratie**

Zonder twijfel is Urbidata een gezonde stad, met gelukkige, betrokken bewoners. Verspreid over de stad, vinden we diverse opvallende gebouwen. Groot, maar ontworpen op menselijke schaal. De vele deuren staan open. Juliette ziet mensen die in- en uitgaan. In deze gebouwen zijn de datacenters ondergebracht die continu data verwerken, niet alleen uit Urbidata, maar van over de hele wereld. Omgekeerd sturen de datacenters van Urbidata een oneindige stroom van data naar de wereld. Iedereen is vrij om data te krijgen die men nodig heeft. Iedereen is vrij om data aan te bieden aan de wereld,

met behulp van de faciliteiten van de datacenters. Deze gebouwen dienen ook als gemeenschapscentra, waar mensen elkaar ontmoeten en vrijuit discussiëren over nieuwe initiatieven die de stad en haar inwoners ten goede zullen komen. Al deze verbonden centra vormen samen het kloppend hart van Urbidata.

De holografische geschiedenisgids die Juliette met een druk op de knop kan oproepen via haar draagbare 'communicator' legt uit dat de mensheid het dreigende perspectief van een wereld geleid door 'datadictators', kon verslaan. In de jaren 2020, na steeds meer incidenten met de grote bedrijven die beloofden om mensen te 'verbinden' en 'oplossingen' te bieden voor alle uitdagingen, werden mensen zich bewust dat deze bedrijven hun belangen niet dienden. Er ontstond een beweging die de macht van deze ondernemingen wist te beteugelen. Deze beweging benadrukte waarden zoals autonomie, privacy, rechtvaardigheid, openheid en transparantie. Hiermee startte de volgende fase in de datarevolutie. In plaats van een wereld geregeerd door een kleine groep ondernemingen die alle data beheersten die door 'het internet der dingen' werden geproduceerd, creëerden de mensen een datademocratie.

De stad van 2050 is gebaseerd op voortdurende uitwisseling en analyse van data. Niet alleen overheidsgegevens zijn kosteloos toegankelijk, uitwisselbaar en herbruikbaar, maar hetzelfde geldt voor gegevens uit andere databronnen: gegevens zijn standaard open, binnen de kaders gesteld door fundamentele rechten. Om transparantie te maximaliseren zijn de open criteria ook van toepassing op de onderliggende datamodellen en algoritmen. De belangrijkste reden voor het open stellen van data en algoritmen is om de uitvoering van maatschappelijke taken, publieke, private of persoonlijke taken, te vergemakkelijken en volledig te ondersteunen. De datademocratie is gebouwd op volledige transparantie in verwerking van data en de processen van overheid, bedrijven en andere actoren. Zo is op het gebied van ruimtelijke ordeningsopgaven een participatieve planning tot stand gebracht.

Elke burger heeft controle over wat hij deelt, met wie, wanneer en hoe lang, en zijn privacy wordt beschermd door AI die de pseudonimisering van persoonsgegevens waarborgt. Zo is het ook onmogelijk om een persoonsgegeven te herleiden uit de talloze beschikbare datasets: AI zal ingrijpen als een risico van identificatie dreigt. De data-infrastructuur wordt gedeeld door publieke, private en andere belanghebbenden en wordt ondersteund door een wettelijk, zelfhandhavend systeem. Data in de datademocratie worden als een publiek goed beschouwd, zonder (intellectuele) eigendomsrechten. Iedereen kan de gegevens delen en distribueren. De integriteit van een gedeelde open dataset wordt gecontroleerd door technologie op basis van de blockchain uit het begin van de 21e eeuw: gedistribueerde opslag is een van de fundamenteën van de datademocratie.

Het resultaat is aan de ene kant erg vergelijkbaar met het leven van Juliette in de datadictatuur, maar aan de andere kant ook helemaal niet. Als inwoner van Urbidata wordt het leven van Juliette ondersteund door beslissingen op basis van haar gegevens en algoritmen die zijn ontworpen voor haar persoonlijke situatie. Ook in de datademocratie handelt haar koelkast wanneer de houdbaarheid van een product dreigt te verlopen en bestelt hij nieuwe producten om ervoor te zorgen dat een maaltijd kan worden gekookt. Ook hier wordt Juliette elke ochtend op het juiste moment opgehaald omdat haar werk en privé agenda's, haar persoonlijke gemoedstoestand en gezondheidsstatus-app zijn

gekoppeld aan het autonome transportsysteem van de stad. Het verschil is dat Juliette en de andere burgers van Urbidata het systeem beheersen: ze kunnen te allen tijde DAH benaderen, zien hoe beslissingen worden genomen, beslissingen nemen en hun voorkeuren veranderen als ze besluiten dat ze dat willen. Data- en algoritmecomplexiteit is geen probleem vanwege de vrij beschikbare tools voor transparantie van individuele gegevens die voor iedereen beschikbaar is. De transparantie, het overweldigende aantal gegevensbronnen, blockchain-technologie en andere controles van de gegevens- en algoritmekwaliteit resulteerden daarin dat nepnieuws, schadelijke bedrijfsmodellen en overheidsbeleid beïnvloed door vooringenomen data en algoritmen verdwenen.<sup>5</sup> In de datademocratie is buitensporige bescherming van de datacenters tegen elk incident zoals in de datadictatuur om het leven van alledag tegen calamiteiten te beveiligen, niet langer nodig. Het risicovrije leven is zeker niet bereikt, maar creativiteit floreert.

## 4 Op weg naar 2050: de open stad

Hierboven schetsten wij twee - extreme - scenario's voor de slimme stad. In beide gevallen is een data-ecosysteem gerealiseerd. In het ene geval is dat een systeem dat gesloten is en wordt beheerst door een beperkt aantal partijen, de datadictators. Tegenover het scenario van de datadictatuur plaatsen wij dan ook een ander perspectief: de datademocratie. Een open systeem, dat transparant is en verantwoording aflegt aan iedereen.

Reeds nu wordt gewerkt met de mogelijkheden die (open) data en ICT biedt om de burger inzicht in stedelijke ontwikkeling en planning te bieden, maar juist ook om actieve burgerparticipatie mogelijk te maken.<sup>6</sup> Dit biedt mogelijkheden tot het realiseren van een stad op basis van de gedachten over de Open Stad, zoals die door socioloog en urbanist Richard Sennett zijn ontwikkeld. Hij schetst een tegenstelling tussen, wat hij noemt, de Gesloten Stad, en de Open Stad. In de woorden van Sennett:

“The ‘Closed City’ can be designed and operated top-down. It is a city which belongs to the masters. The ‘Open City’ is a bottom-up place. It belongs to the people”<sup>7</sup>

De gesloten stad is een ‘georkestreerde stad’ met de ‘control freakery’ of current planning law<sup>8</sup> en zijn planningsregels ‘repressing anything that doesn’t fit in’.<sup>9</sup> Een controle op de stad die is mogelijk gemaakt door het ruimtelijk bestuursrecht:

“The proliferation of zoning regulation in the 20<sup>th</sup> century is unprecedented in the history of urban design, and this proliferation of rules and bureaucratic regulations has disabled local innovation and growth, frozen the city in time”.<sup>10</sup>

---

5 Op te merken is dat dit niet alleen dreigt van de kant van marktpartijen. Er zijn ook vormen denkbaar dat er sprake is van vooringenomen staatsbemoeienis.

6 Zie bijv. voor Japan: Y. Hasegawa, Y. Sekimoto, T. Seto, Y. Fukushima en M. Maeda, ‘My City Forecast: Urban planning communication tool for citizen with national open data’, *Comput. Environ. Urban Syst.* (2018) (in print) <https://doi.org/10.1016/j.compenvurbsys.2018.06.001>. Zie ook I. Capdevila en M.I. Zarlenga, M. I., ‘Smart city or smart citizens? The Barcelona case’. *Journal of Strategy and Management*, 8(3) (2015), p. 266-282.

7 R. Sennett, ‘The open city’, in: Tigran Haas en Hans Westlund (eds), *The Post-Urban World*, London & New York: Routledge: 2017, p. 106.

8 Sennett 2017, p. 97.

9 Sennett 2017, p. 99.

10 Sennett 2017, p. 98.

De technologische sturing, gedreven door databedrijven met hun visie op de slimme stad zal dit alleen maar versterken.<sup>11</sup>

Tegenover dit beeld stelt Sennett, hierbij voortbouwend op het werk van Jane Jacobs, de Open Stad. Een stad op een menselijke schaal. De stad die zich van onderaf ontwikkelt, open staat voor verrassingen, en daarmee in zekere zin toevallig, door het continue zoeken naar evenwicht, tot stand komt. Een stad die zich telkens aanpast. Maar ook een stad die draait om participatie.

Dit zal alleen tot bloei kunnen komen binnen een Open Society, zijnde 'a democratic society with alert and engaged citizens able to understand and to use the information that is accessible to them'.<sup>12</sup> Transparantie en verantwoording zijn daarmee randvoorwaarden voor de open stad. Open data, data die vrij beschikbaar is voor hergebruik, zal hierbij een beslissende rol spelen. Niet alleen overheidsdata zijn kosteloos toegankelijk, uitwisselbaar en herbruikbaar, maar hetzelfde geldt voor gegevens uit andere bronnen: zij zijn standaard open, binnen de kaders gesteld door fundamentele rechten, in het bijzonder de bescherming van de privacy en persoonsgegevens (art. 7 resp. art. 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie).<sup>13</sup> Om de transparantie te maximaliseren, zijn de open criteria ook van toepassing op de onderliggende datamodellen en algoritmen. De belangrijkste reden voor het open stellen van data en algoritmen is om de uitvoering van maatschappelijke taken, publieke, private of persoonlijke taken, te vergemakkelijken en volledig te ondersteunen. Zo is op het gebied van ruimtelijke ordeningsopgaven een participatieve planning tot stand gebracht. De datademocratie is gebouwd op volledige transparantie in verwerking van data en de processen van overheid, bedrijven en andere actoren.

Een universeel recht op toegang tot en hergebruik van gegevens, als een uitbreiding van de reikwijdte van het wettelijk kader voor open overheidsgegevens tot alle andere gegevens, kan een voorwaarde zijn voor een duurzaam open gegevensecosysteem: gelijke toegangs- en hergebruiksgegevens voor alle partijen. Verzoeken om gegevens moeten als een beginsel worden geaccepteerd en alleen in zeer specifieke omstandigheden, zoals vastgelegd in de wet, kunnen verzoeken worden geweigerd. Gegevens als een publiek goed, dat klinkt als een datademocratie.

## 5 Een onderzoeksagenda

Het leven in het jaar 2050 wordt mede bepaald door de keuzes van vandaag. Wij schetsen in deze paragraaf verschillende onderzoeksrichtingen die deze keuzes kunnen ondersteunen en de agenda richten op voor duurzame open data-ecosystemen, en daarmee het

---

11 Zie ook Morozov en Bria 2018.

12 B. Holzner B. en L. Holzner, 'Transparency in global change: The vanguard of the open society', Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 2006, p. 1. Deze definitie voert terug op Karl Popper, *The Open Society and Its Enemies*, London en New York: Routledge 2011, p. 165 die verwijst naar de 'open society' als een 'in which individuals are confronted with personal decisions' en deze stelt tegenover de 'closed society' waarin slechts één waarheid bestaat, en gebaseerd is op rituelen en groepsdenken.

13 Over de relatie tussen deze twee fundamentele rechten: L. Dalla Corte, 'The European Right to Data Protection in Relation to Open Data' in B. van Loenen, G. Vancauwenberghe & J. Cromptvoets, (eds.) *Open Data Exposed*, The Hague: TMC Asser Press 2018, p. 132-139.

fundament van de open stad. Wij beperken ons op deze plaats tot drie perspectieven: het recht, de governance en de gebruiker.

### *Het recht*

Het creëren van een universeel recht op toegang tot en hergebruik van data impliceert dat we juridische concepten over intellectueel eigendom en eigendom van data moeten herijken. Het concept van intellectueel eigendom werd ontwikkeld in de tijd van het gedrukte woord. Op het moment dat informatie werd gevormd door digitale data, automatisch verwerkt door machines, en die eenvoudig en kosteloos kan worden gereproduceerd, wordt het minder evident om over een 'origineel' te spreken. Tegenwoordig kunnen data overal, voor onbepaalde tijd, en voor een onbeperkt aantal doeleinden worden hergebruikt zonder dat de kwaliteit of kwantiteit hier onder te lijden heeft. Bovendien is uitwisseling van data met alles, iedereen en overal mogelijk. Van rivaliteit, in die zin dat het gebruik van voorzieningen door de één ten koste gaat van het gebruik door de ander, is bij digitale data geen sprake.

In een echt open data-ecosysteem is er een overweldigend aantal datasets beschikbaar. Dit kan gevolgen hebben voor de identificeerbaarheid van personen. Hoewel vandaag de dag het merendeel van de beschikbare open data geen persoonsgegevens zijn en niet verwijst naar zaken die inbreuk kunnen maken op iemands privacy leidt het zogenaamde mozaïkeffect (het vormen van een volledig beeld uit de combinatie van datasets) er toe dat er wel sprake kan zijn van persoonsgegevens. Een duidelijke grens tussen persoonsgegevens en niet-persoonsgegevens zou het gebruik van open data stimuleren, maar dit lijkt veelal af te hangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Hoe precies het evenwicht te vinden tussen het nut van een dataset en de bescherming van persoonsgegevens, is op dit moment onduidelijk. Kan in de toekomst AI onmiddellijk een afweging maken tussen nut aan de ene kant en identificeerbaarheid van het individu aan de andere kant, om zo data als 'veilig' te kunnen bestempelen? Moeten we het huidige concept van persoonsgegevens heroverwegen? Dit is slechts één van de vragen die moeten worden onderzocht.

### *Governance*

De reikwijdte van het open data-ecosysteem, en met name de integratie en beschouwing van de overvloed aan niet-gouvernementele gegevens in het ecosysteem, zal een impact hebben op de governance van het ecosysteem. Waar het bestuur van de huidige open datasystemen voornamelijk in handen van de overheid is, vereist de governance van het open data-ecosysteem structuren waarin het algemeen belang, dat van het bedrijfsleven en dat van de individuele burger gelijkelijk worden vertegenwoordigd. De rechten, rollen en verantwoordelijkheden van de verschillende actoren moet worden bepaald. Wie moet verantwoordelijk zijn voor welk deel van de infrastructuur? Wie verzamelt welke gegevens, welke diensten, beheert de toegangsmechanismen en wie bepaalt wat? En welke bestuursinstrumenten kunnen worden gebruikt om het gedrag van individuele publieke en vooral niet-publieke actoren en het ecosysteem als geheel te sturen?



### *Gebruiker*

Uiteindelijk is de gebruiker de hoofdspeler in het open data-ecosysteem. Het ontwerp van een effectief door de gebruiker gestuurd open data-ecosysteem zal een van de meest uitdagende vragen in onderzoek en praktijk zijn. Er is nog steeds zeer weinig kennis beschikbaar over gebruikers, hun behoeften en effectieve strategieën om aan hun behoeften te voldoen. Hoewel de huidige initiatieven op het gebied van open data zich vooral richten op professionele gebruikers, zijn er verschillende andere groepen die baat kunnen hebben bij het gebruik van open data en die deze onmiddellijk willen toepassen. Voor al de behoeften van burgers worden in het denken over de slimme stad nauwelijks overwogen.<sup>14</sup> Bovendien is het vraagstuk van de kloof tussen de data-have's (tussen mensen die kunnen omgaan met de beschikbare gegevens) en de data-have-nots (degenen die dat niet of slechts in beperkte mate kunnen) nog steeds erg reëel. Dit heeft duidelijk ernstige sociale consequenties, bijv. omdat (overheids)voorzieningen niet voor iedereen even toegankelijk zijn. Dit kan met name een probleem zijn als het gaat om het ontwikkelen van initiatieven op het gebied van stedelijke ontwikkeling, of het deelnemen aan participatieve planningsmodellen in de door ons voorgestane Open Stad. Dit vraagt om meer gebruiksvriendelijke datadiensten, maar ook om toegang tot training voor alle gebruikers van open data.

## **6 Conclusie**

Wij schetsten twee perspectieven op Urbidata, de data-gedreven stad van het jaar 2050. De cruciale vraag, de vraag die bepalend zal zijn voor de stad van de toekomst, is: wie moet in de eerste plaats profiteren van data?

Momenteel krijgt een beperkt aantal bedrijven steeds meer controle over de wereldwijd gegenereerde data, inclusief open overheidsdata, zonder deze data met de samenleving te delen. Deze onbalans in de informatiepositie van burger, overheid en (grote) databedrijven resulteert in een datadictatuur die onze informatieverstrekingen in het komende decennium zal domineren, en daarmee ook zijn blijvende greep zal krijgen op de keuzes met betrekking tot de invulling van ruimtegebruik en meer bepaald het ontwerp van de slimme stad. Het resultaat is een 'gesloten stad' met een door de datadictators georkestreerde planning. Risico's worden uitgebannen. De ruimte voor de creatieve mens is daarmee opgeofferd, ten gunste van de triomf van de technocratie

Wij pleiten voor een datademocratie, en daarmee een keuze voor een slimme, duurzame, datagedreven stad. Maar vooral ook een stad waarin de menselijke maat is geborgd. Een open stad.

---

14 Een voorbeeld dat het anders kan is Barcelona, Capdevila en Zarlenga 2015.





# Hoe maken we Nederlandse steden regenbestendig?

## Klimaatbeleid in Amsterdam, Rotterdam en Utrecht

*Prof. mr. H.F.M.W. (Marleen) van Rijswijk, dr. L. (Liping) Dai &  
R. (Rebecca) Wörner LL.M*

### 1 Inleiding

In deze bijdrage aan het liber amicorum voor Jan Struiksma kiezen we voor een thema dat een verbinding legt tussen de expertise van Jan en die van de auteurs: ruimtelijke ordening en waterbeheer. Juist bij ruimtelijke adaptatie komen deze twee terreinen samen en dat geldt eens te meer wanneer we de focus leggen op het stedelijk gebied. Jan staat bekend om zijn praktijkkennis en de praktijkrelevantie van zijn wetenschappelijk onderzoek. Tegelijkertijd is hij ook degene die bij het Tijdschrift voor Bouwrecht de discussie startte over methodologie en de vraag hoe de 'wetenschappelijkheid' van de bijdragen in het tijdschrift moet worden beoordeeld. Aan die discussie leveren we graag een bijdrage. Wat niet zal lukken is het schrijven met hetzelfde gevoel voor onderkoelde humor waar Jan eveneens bekend om staat. Die gave is maar weinigen gegeven. Maar juist omdat we daar altijd intens van kunnen genieten, doen we een poging in ieder geval bij te dragen aan de andere aspecten die zijn werk kenmerken: een bijdrage met een vernieuwende methodologie, multidisciplinair, empirisch en op het raakvlak van ruimtelijke ordening en water, met speciale aandacht voor het decentrale niveau.

In de afgelopen jaren zorgden incidenten met hevige neerslag voor een wake up call in Nederland. Deze incidenten stellen overheden voor nieuwe opgaven nu veranderende weerpatronen ernstige consequenties voor bewoners hebben. Als gevolg van klimaatverandering nam de jaarlijkse neerslag in Nederland tussen 1910 en 2013 toe met zo'n 26%. Ook de intensiteit van de weersomstandigheden nam significant toe.

Stedelijke gebieden zijn het meest kwetsbaar als het gaat om de gevolgen van klimaatverandering. Extreme neerslag heeft in stedelijk gebied grote consequenties vanwege de hoeveelheid verhard oppervlak. Traditionele infrastructuur in Nederland zoals kanalen, grachten en rioolsystemen hebben onvoldoende capaciteit om de toenemende neerslag op te vangen en te verwerken. Met name in dichtbevolkt stedelijk gebied is er onvoldoende onverhard oppervlak om regenwater te laten infiltreren. Hevige neerslag kan grote economische schade veroorzaken. Het gaat daarbij niet alleen om schade aan

gebouwen en hun inrichting, maar ook om indirecte schade vanwege de uitval van elektriciteit, data- en telecomfaciliteiten of problemen met de publieke infrastructuur.

De toenemende schade vanwege extreme neerslag aan publieke en private eigendommen heeft geleid tot aandacht voor de noodzaak van adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer. Het maakt ook duidelijk dat waterbeheer en ruimtelijke ordening beter op elkaar moeten worden afgestemd.

In Nederland zijn het verschillende overheden die verantwoordelijkheden hebben op het terrein van waterbeheer en ruimtelijke ordening. Formele bevoegdheden zijn neergelegd in de Waterwet, de Wet ruimtelijke ordening en de Wet milieubeheer. Op nationaal niveau zijn het de Nationale Adaptatie Strategie en het Deltaprogramma op basis van de Waterwet waarin het beleid inzake klimaatadaptatie is vastgelegd. Beide beleidsdocumenten zijn overigens in nauwe samenwerking met decentrale overheden tot stand gebracht. Leidende beginselen in het Deltaprogramma zijn solidariteit, flexibiliteit en duurzaamheid. Een deel van het Deltaprogramma richt zich op ruimtelijke adaptatie en ziet daarmee op ruimtelijke inrichting en stedelijk waterbeheer. Daarbij is van belang dat ruimtelijke ordening, bouwvoorschriften en stedelijk waterbeheer gemeentelijke bevoegdheden zijn. De Waterwet, de Wro en de Wm voorzien de waterbeheerders en gemeenten van beleidsinstrumenten ten behoeve van klimaatadaptatie. Wat echter vaak over het hoofd wordt gezien is dat het omgaan met wateroverlast een gedeelde verantwoordelijkheid is van overheden en particulieren. Verder is van belang dat gemeenten veel beleidsvrijheid hebben als het gaat om de keuze welke beleidsinstrumenten zij willen inzetten ten behoeve van adaptatie aan klimaatverandering, zoals lokale verordeningen, vergunningvereisten maar ook meer informele instrumenten zoals het verlenen van subsidies of het stimuleren en faciliteren van burgerinitiatieven.

Nederlandse gemeenten kiezen vaak voor 'slimme maatregelen', in de vorm van multifunctionele infrastructuur en maatregelen die worden ontwikkeld in samenwerking met particulieren. Technische maatregelen zoals uitbreiding van de capaciteit van het rioleeringssysteem zijn namelijk erg kostbaar en zouden ook leiden tot een verhoging van de gemeentelijke belastingen, iets waar veel gemeenten huiverig voor zijn. Het afkoppelen van regenwater is een andere optie, waarbij het teveel aan regenwater kan infiltreren in de bodem. Deze optie vraagt echter, zeker in bestaand gebied, de medewerking van particuliere eigenaren en wordt daarom met name toegepast in nieuw te ontwikkelen stedelijke gebieden.

Een van de leidende uitgangspunten in het waterbeheer betreft de trits vasthouden-bergen-afvoeren. Alhoewel deze benadering aanvankelijk werd ontwikkeld voor het waterbeheer in het algemeen, is ze ook zeer geschikt voor het stedelijk gebied. Deze benadering is vergelijkbaar met het Sponge-city concept zoals dat elders in de wereld wordt toegepast.

Praktisch betekent de benadering dat neerslag zolang mogelijk wordt vastgehouden en als dat niet (meer) mogelijk is worden bergingsgebieden gecreëerd waar het teveel aan water tijdelijk wordt geborgen. Overtollig water zou bij voorkeur alleen moeten worden afgevoerd (bijvoorbeeld door middel van het rioolstelsel) als de eerste opties volledig zijn benut. Het vernieuwende van de benadering zit met name in de eerste twee stappen: vasthouden en bergen. In het stedelijk gebied krijgt dat veelal invulling door middel

van de ontwikkeling van maatregelen in de publieke ruimte, zoals de aanleg van waterpleinen, maar ook op private eigendommen ziet men voorbeelden van het vasthouden en bergen van overtollig water zoals door de aanleg van groene daken, het scheiden van regenwater door middel van wadi's of door het plaatsen van regentonnen in de tuin.

## **2 Doel van het onderzoek en gebruikte methodologie**

Aangezien ieder beleidsinstrument voor- en nadelen heeft als het gaat om legitimiteit, effectiviteit en efficiency vraagt het regenbestendig maken van het stedelijk gebied om een mix aan beleidsinstrumenten.

Daarbij is van belang dat de verschillende beleidsinstrumenten gebaseerd zijn op verschillende beleidssectoren zoals ruimtelijke ordening, de bouwregelgeving en het stedelijk waterbeheer.

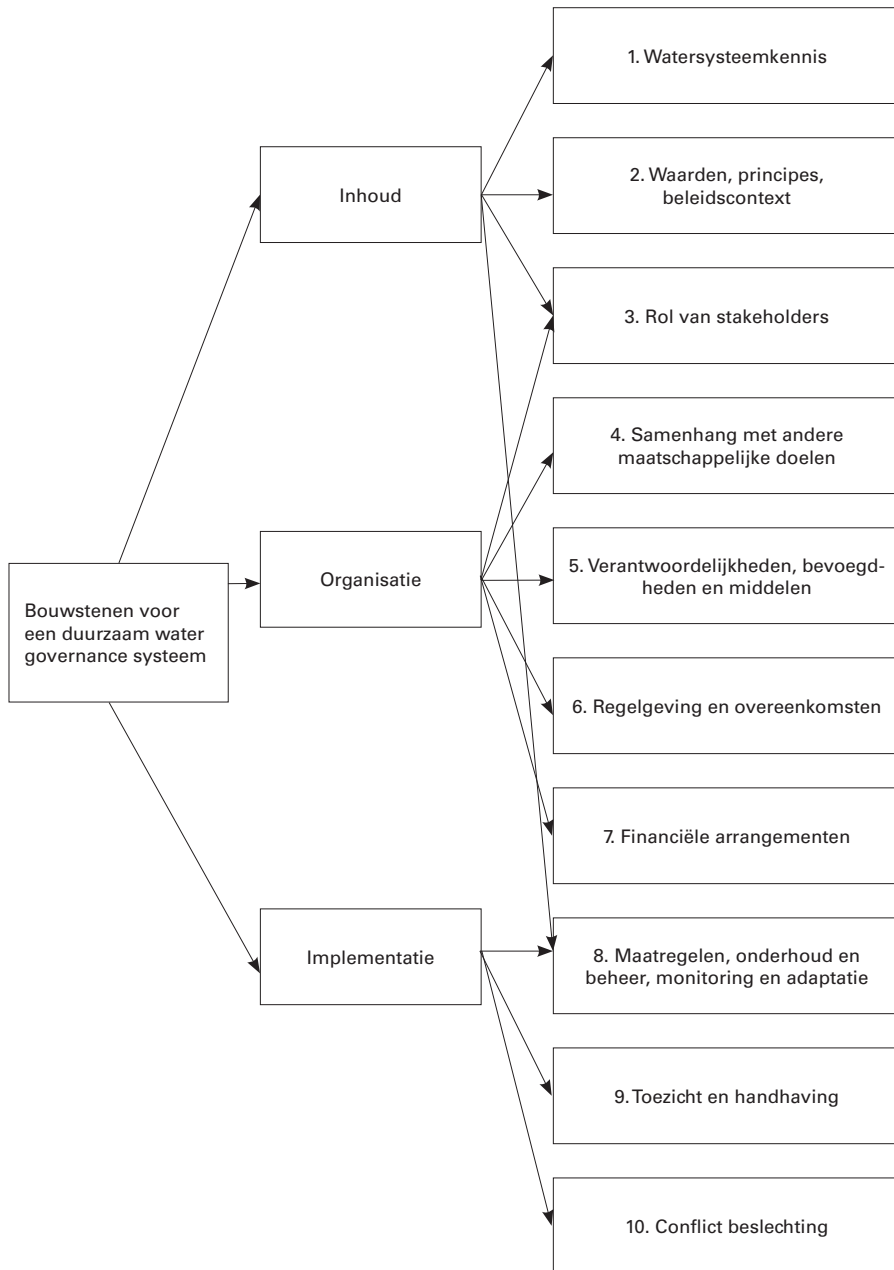
In deze bijdrage gebruiken we een multidisciplinaire assessment methode die is ontwikkeld om duurzaam waterbeheer te kunnen analyseren en verbeteringen voor te kunnen stellen.

Met behulp van deze methode vergelijken we de klimaatadaptatiestrategieën van drie grote Nederlandse gemeenten. De methode kent tien aspecten die zijn geselecteerd vanuit verschillende disciplines te weten economie, bestuur en organisatie (governance), recht, hydrologie en civiele techniek (zie Figuur 1). Tezamen bieden de tien elementen en hun onderlinge relaties een integrale methode om het beheer van een specifieke wateropgave of probleem te analyseren en te beoordelen. Beginpunt van de methode het beleidsdoel dat wordt vastgesteld. De beoordeling vindt plaats aan de hand van drie sterk samenhangende stappen. De eerste stap onderzoekt de relevante inhoudelijke kennis die nodig is om beleid succesvol te kunnen implementeren, zowel ten aanzien van een actueel waterprobleem als wat betreft onderliggende waarden, beginselen en beleidsdiscussies. In de tweede plaats wordt gekeken naar de organisatie van het beleidsproces. Het gaat daarbij om de wijze waarop participatie is geregeld, hoe verschillende belangen tegen elkaar af worden gewogen, hoe verantwoordelijkheden zijn verdeeld en welke regelgeving en overeenkomsten of afspraken er bestaan. De derde stap richt zich specifiek op de implementatie van het beleid, waarbij het zowel gaat om het feitelijk aanleggen van infrastructuur, implementatie en handhaving van de gemaakte afspraken alsmede de conflictbeslechting. De gebruikte methode heeft daarmee een diagnostisch karakter en maakt het mogelijk de sterke en zwakkere kanten van beleid te identificeren en richting te geven aan verbeteringen.

Naast een analyse en een vergelijking van de drie steden die worden onderzocht biedt de bijdrage voorbeelden van 'best practices', waar ook andere steden die met toenemende regenwaterproblematiek kampen hun voordeel mee kunnen doen. Voor de vergelijking kijken we naar Amsterdam, Rotterdam en Utrecht. Reden voor deze selectie is dat het - naast Den Haag - om de drie grote steden in de dichtbevolkte randstad gaat en het betreft een gebied waar de sterkste verstedelijking plaatsvindt.<sup>1</sup> Ten tweede verschillen

---

<sup>1</sup> CBS (2014). Demografische statistieken per gemeente. Den Haag.



Figuur 1: 10 bouwstenen voor goed waterbeheer, vertaling van een figuur uit: van Rijswijk, M., Edelenbos, J., Hellegers, P., Kok, M., & Kuks, S. (2014). *Ten building blocks for sustainable water governance: An integrated method to assess the governance of water*. *Water International*, 39, p. 725-742.

de drie steden in hydrologische setting: in de nabijheid van een groot meer, het IJmeer (Amsterdam), in de nabijheid van de kust (Rotterdam) en in het binnenland (Utrecht). Ten derde hebben alle drie de steden in de afgelopen tijd te maken gehad met de nadelige gevolgen van extreme neerslag. Ten slotte heeft ieder van deze steden een eigen aanpak voor de problematiek ontwikkeld, waarmee een beeld gegeven kan worden hoe Nederlandse steden omgaan met de problematiek van extreme neerslag en hoe zij daar beleid voor ontwikkelen.

Het achterliggende doel van de ontwikkeling van regenbestendige of klimaatbestendige steden is om de kwetsbaarheid te verkleinen en de veerkracht (resilience genoemd in de wetenschappelijke literatuur over dit thema) te vergroten. Resilience of veerkracht is door de Verenigde Naties gedefinieerd als het vermogen van een systeem, gemeenschap of samenleving dat wordt geconfronteerd met risico's of overstromingen om zich te verdedigen of weerstand te bieden (resist), om de nadelige gevolgen op te vangen (absorb and accomodate), of te herstellen na een ramp en wel op een snelle en efficiënte manier, met inbegrip van de bescherming en het herstel van vitale infrastructuur en functies.<sup>2</sup> Voortvloeiend uit eerder onderzoek,<sup>3</sup> vraagt veerkracht het vermogen om overstromingen te weerstaan en er mee om te gaan en te herstellen na een ramp, én het vermogen om zich aan te passen aan veranderende omstandigheden. Het vermogen om weerstand te bieden ziet dan op beleid dat zich richt op het verminderen van de risico's dat een ramp zich voordoet. Het vermogen om de nadelige gevolgen op te vangen of de omgeving geschikt maken voor het opvangen van overstromingen erkent dat overstromingen niet altijd voorkomen kunnen worden en dat aanvullende maatregelen nodig zijn om de gevolgen van overstromingen op te vangen als ze zich desondanks voordoen. Het vermogen zich aan te passen aan veranderende omstandigheden ziet in het bijzonder op het inbedden van een leerproces in het beleid (adaptief beleid) bijvoorbeeld omdat beleid aangepast kan worden oftewel regulier (door middel van plancycli en maatregelen die worden aangepast nadat monitoring resultaten beschikbaar zijn) of door middel van experimenteerruimte zoals pilot projecten. De methode die we in dit artikel gebruiken biedt eveneens de mogelijkheid om de hiervoor besproken aspecten van veerkracht te onderzoeken. Ook de gebruikte methode zelf biedt de mogelijkheid om te leren van ervaringen uit de drie steden.

#### *Onderzoeksmethode*

Gezien de veelheid van belangen die een rol spelen bij het klimaatbestendig maken van steden en het feit dat kennis vanuit verschillende disciplines nodig is om steden klimaatbestendig te maken is het gebruik van een multidisciplinaire methode het meest geschikt. We combineren hiermee klassiek juridisch onderzoek, bestaande uit het bestuderen van primaire en secundaire juridische bronnen, zoals wetgeving, jurisprudentie, beleidsdocumenten alsmede wetenschappelijke literatuur met negen semigestructureerd

- 2 Priest, S. J., Suykens, C., Van Rijswijk, H., Schellenberger, T., Goytia, S., Kundzewicz, Z., & Home-wood, S. (2016). The European Union approach to flood risk management and improving societal resilience: Lessons from the implementation of the floods directive in six European countries. *Ecology and Society*, 21, 50 ; 2009 UNISDR terminology on disaster risk reduction. UNISDR.
- 3 Hegger, D. L., Driessen, P. P., Dieperink, C., Wiering, M., Raadgever, G., & van Rijswijk, H. F. (2014). Assessing stability and dynamics in flood risk governance - An empirically illustrated research approach *Water Resources Management*, 17, p. 4127-4142.

diepte-interviews. De geïnterviewden zijn geselecteerd op basis van hun deskundigheid ter zake van de verschillende aspecten van de gebruikte assessment methode. Beleidsmedewerkers uit de publieke sector en mensen uit de praktijk die werkzaam zijn bij private bedrijven zijn ondervraagd om een beter begrip te krijgen van de beleidspraktijk en om goede voorbeelden en aandachtspunten boven tafel te krijgen. Interviews zijn gehouden met drie beleidsmedewerkers waterbeheer en klimaatadaptatief bouwen van de gemeente Amsterdam, Rotterdam en Utrecht. Twee interviews zijn gehouden met landschapsarchitecten van H+N+S+ en OKRA. Voorts zijn twee beleidsadviseurs die voor verschillende gemeenten werken ondervraagd alsmede een jurist en een ingenieur die werken voor het consultancybedrijf Movares. Transcripten van de interviews zijn in het bezit van de auteurs.

### **3 Assessment van de benadering en het ontwikkelde beleid van de drie gemeenten**

#### **3.1 Doelstellingen**

De drie gemeenten definiëren hun klimaatadaptatiedoelstellingen op verschillende manieren en hanteren ook een verschillende benadering bij de selectie van maatregelen en te gebruiken beleidsinstrumenten.

De doelstelling van de gemeente *Amsterdam* is te kunnen omgaan met regenval van 60 mm/uur in 2020 zonder dat er schade optreedt aan gebouwen en vitale infrastructuur. De gemeente Amsterdam wil in 2050 volledig 'rainproof' zijn. Waternet, de Stichting die zorg draagt voor het waterbeheer in Amsterdam en omgeving, heeft een klimaatadaptatiestrategie en het programma 'Amsterdam Rainproof' ontwikkeld, dat verschillende maatregelen bevat om om te kunnen gaan met toenemende neerslag. Om de beleidsdoelen te behalen wordt vooral gebruik gemaakt van 'zachte' beleidsinstrumenten zoals het informeren, en aanmoedigen van burgers, bedrijven en overheidsmedewerkers en om zelf actie te ondernemen, zoals het ontwerpen van daken, straten, tuinen, parken en pleinen die beter bestand zijn tegen hevige regenval. Amsterdam beoogt grote investeringen in infrastructuur te voorkomen en gebruikt niet zijn regelgevende bevoegdheden om de stad meer klimaatbestendig te maken. Amsterdam Rainproof is een tijdelijk platform dat beoogt het beleid om de stad regenbestendig te maken te integreren in alle gemeentelijke beleidsterreinen.<sup>4</sup> De gemeenteraad rapporteert dat 'het programma wordt geïmplementeerd in nauwe samenwerking met de verschillende stakeholders - overheden en private partijen - en dient als voorbeeld van een vitale infrastructuur adaptatiestrategie' voor de stad Amsterdam.<sup>5</sup>

De ontwikkeling van *Rotterdam* vloeit voort uit een traditie het 'beschermen tegen water' en het 'leven met water' te combineren. Het programma 'Rotterdam Climate Proof' maakt deel uit van het 'Rotterdam Climate Initiative'. Doel van het programma

---

4 Gemeente Amsterdam. (2014). Programmaplan Amsterdam rainproof, Waternet; Uittenbroek, C. (2014). How mainstream is mainstreaming? The integration of climate adaptation into urban policy. Utrecht: Utrecht University.

5 Gemeenteraad Amsterdam. (2015a). Sustainable Amsterdam.

is het operationaliseren van de gemeentelijke doelstelling om Rotterdam in 2025 climate proof te laten zijn. Rotterdam ligt in de delta van de Rijn en de Maas. Een deel van de stad is buitendijks en het binnendijkse deel van de stad is grotendeels beneden zeeniveau. In de buitendijkse gebieden wordt gebruik gemaakt van klimaatadaptieve constructies en design, zoals overstromingsbestendige gebouwen, de ontwikkeling van overstromingsbestendige publieke ruimtes, drijvende gebouwen en 'building with nature'-projecten. Binnendijks worden maatregelen ontwikkeld die regenwater kunnen vasthouden en bergen en die zo helpen de sponswerking van het stedelijk gebied te vergroten. Voorbeelden zijn groene daken, minder verharding en meer groen in de publieke ruimte, waterpleinen en infiltratiegebieden.<sup>6</sup>

Doelstelling van de gemeente *Utrecht* is dat overstromingen in de publieke ruimte worden voorkomen, en meer in het bijzonder te zorgen dat straten niet overstromen en dat de publieke infrastructuur te gebruiken blijft tot een regenval van 20 mm/uur. Als er meer dan 60 mm/uur regen valt, is het doel serieuze verkeersproblemen te voorkomen. Het adaptatiebeleid van Utrecht is neergelegd in het Gemeentelijk Plan Water Taken 2016-2019.<sup>7</sup> De adaptatiemaatregelen verschillen voor publieke en private gebieden. Voor de publieke ruimte neemt de gemeente zelf maatregelen zoals het vervangen van asfalt door groene ruimtes of het gebruik van waterdoorlatende tegels. De gemeente heeft naar aanleiding van hevige regenval in 2014 werkgroepen opgericht waar gemeente en particulieren samenwerken aan het regenbestendig maken van bepaalde buurten die nu nog overstromingsgevoelig zijn. De Utrechtse benadering is ad-hoc en er wordt per geval van wateroverlast gereageerd om problemen op te lossen. Dit maatwerk kan goed werken als problemen zeer verschillend van aard zijn, maar een van de geïnterviewde gemeentelijke beleidsmedewerkers maakt zich zorgen over het gebrek aan efficiency dat met deze benadering gepaard gaat.

Een eerste analyse laat zien dat de doelstellingen weliswaar zodanig zijn geformuleerd dat de effectiviteit van het adaptatiebeleid kan worden gemeten, maar dat niet precies duidelijk is wat begrippen als 'climate proof' of 'rainproof' betekenen. Wat eveneens opvalt is dat er geen tussentijdse ijkpunten zijn waarmee bepaald kan worden of het beleid effectief is en die bijvoorbeeld aangeven op welk moment welk percentage van de doelstelling bereikt zou moeten worden. Meetbare indicatoren ontbreken bij doelstellingen als 100% climate proof in 2025 (Rotterdam) of 100% rainproof in 2050 (Amsterdam). Het is eveneens onduidelijk hoeveel overstromingsrisico of wateroverlastrisico er mag zijn in de periode tussen nu en 2025 of 2050.

Hierna volgt een beoordeling van de klimaatadaptatiestrategieën van de drie steden aan de hand van de elementen uit de assessment methode.

### **3.2 Watersysteemkennis**

Goed beleid veronderstelt een goede probleemdefiniëring. In het geval van stedelijke wateroverlast is het noodzakelijk dat een gemeente beschikt over specifieke risicodata voor verschillende stedelijke gebieden en voldoende kennis over specifieke zaken als

6 Rotterdam Climate Change Adaptation Strategy (2012).

7 Gemeente Utrecht (2016a). Plan Gemeentelijke Watertaken Utrecht 2016-2019.



grondsoort (zand of klei bijvoorbeeld), bodemdaling en soorten bebouwing. Niet iedere gemeente heeft namelijk met dezelfde problemen en omstandigheden te maken. Zo zijn bijvoorbeeld lager liggende tuinen in Rotterdam en souterrains in Utrecht extra gevoelig voor wateroverlast. Goede watersysteemkennis vereist voldoende kennis van de fysieke omstandigheden in ieder gebied. Er moet rekening worden gehouden met de natuurlijke ondergrond van een stad, de topografie en andere natuurlijke omstandigheden om een stad klimaatbestendig of regenbestendig te maken omdat klimaatadaptatiebeleid sterk afhankelijk is van lokale omstandigheden.<sup>8</sup> Zo bepaalt de bodemstructuur hoe snel regenwater in de bodem kan dringen.<sup>9</sup> Rotterdam kent met name kleigrond, waardoor regenwater maar moeilijk in de bodem dringt en de zogenaamde run off van regenwater is dan ook aanzienlijk hoger dan in gebieden met andere bodemkenmerken.<sup>10</sup> Ook Utrecht heeft een bodem die minder makkelijk water doorlaat dan andere regio's in Nederland.<sup>11</sup> Amsterdam heeft met name veengrond, wat het lastig maakt het rioleringsstelsel uit te breiden, vandaar dat Amsterdam zijn beleid richt op meer waterberging in plaats van op het vergroten van de drainage mogelijkheden.<sup>12</sup>

Daarnaast is het belangrijk een goed beeld van de bestaande infrastructuur en de bijbehorende capaciteit te hebben. Historische steden zoals Amsterdam en Utrecht hebben grachten en kanalen om water te bergen, iets wat Rotterdam grotendeels mist. Ook een goed beeld van de meest verharde gebieden is noodzakelijk aangezien grote geasfalteerde gebieden een van de oorzaken van stedelijke wateroverlast is die natuurlijke infiltratie in de bodem belemmert. Gemeenten zouden alert moeten zijn op hiaten in bovenstaande kennis. Deze kennis kan in Nederland worden geleverd via nationale organisaties als RIONED, die zich met name op rioleringsstelsels richt of consultancybedrijven die zich specifiek richten op lokale situaties.<sup>13</sup> Verder bieden Omgevingsdiensten de benodigde expertise voor verschillende belanghebbenden en samen met de nationale en lokale organisaties dragen zij bij aan de ontwikkeling van de benodigde kennis voor het klimaatbestendig maken van steden.

De drie steden uit ons onderzoek beschikken over de benodigde kennis. Ze maken onder meer gebruik van kaartmateriaal en computersimulaties. Amsterdam heeft onderzoek gedaan om de consequenties in kaart te brengen in geval er meer regenval is dan 60 mm/uur. Resultaten werden beschikbaar via computersimulaties en het werd duidelijk dat er grote verschillen in consequenties zullen zijn tussen de verschillende delen van de stad.<sup>14</sup> Rotterdam heeft een computerprogramma ontwikkeld - 3Di - waarmee de

---

8 Termeer, C., Dewulf, A., Rijswick, H., van Buuren, A., Huitema, D., Meijerink, S., & Wiering, M. (2011). The regional governance of climate adaptation: A framework for developing legitimate, effective and resilient governance arrangements. *Climate Law*, 2, p. 159-179.

9 Boogaard, F. (2015). Stormwater characteristics and new testing methods for certain sustainable urban drainage systems in The Netherlands (PhD thesis), TU Delft, the Netherlands.

10 van de Ven, F., van Nieuwkerk, E., Stone, K., Veerbeek, W., Rijke, J., van Herk, S., & Zevenbergen, C. (2011). Building the Netherlands climate proof: Urban areas. Delft: UNESCO-IHE.

11 Gemeente Utrecht (2016a).

12 Gemeente Amsterdam. (2014).

13 Sterk Consulting. (2015). Juridisch advies wateroverlast souterrains Lombok. Utrecht: Sterk Consulting ; Wareco ingenieurs. (2016). Wateroverlast Lombok en Zeeheldenbuurt in Utrecht. Utrecht: Wareco Ingenieurs.

14 Claassen, M., Uittenbroek, C., & Hartog, P. (2013). Amsterdam Rainproof: Rain, a connecting value. PLAN Amsterdam.

gemeente verschillende water-gerelateerde berekeningen kan maken.<sup>15</sup> Utrecht maakt gebruik van kaarten gebaseerd op luchtfoto's, maar maakt ook gebruik van informatie van bewoners die wordt gevraagd schade als gevolg van wateroverlast door te geven om zo de probleemgebieden in kaart te brengen.

### 3.3 Waarden, beginselen en beleidscontext

De overheid schenkt de laatste jaren meer en meer aandacht aan klimaatadaptatie. Om het gemeentelijke adaptatiebeleid beter te begrijpen is het goed eerst kort te kijken naar de landelijke beleidsuitgangspunten. Zo zijn beginselen als solidariteit, flexibiliteit en duurzaamheid belangrijke uitgangspunten bij de formulering van nationaal klimaatbeleid en de ontwikkeling van het Deltaprogramma. Ook de nadruk op samenwerking en het uitwisselen van ervaringen zijn belangrijke beleidsuitgangspunten. Kenmerkend voor het Nederlandse water- en adaptatiebeleid is ook dat private eigenaren en overheden problemen niet mogen afwentelen op naburige gebieden. Dit vindt men bijvoorbeeld terug in het Utrechtse gemeentelijke beleid dat stelt dat een eigenaar van een stuk grond zijn regenwater niet mag leiden naar buurpercelen.<sup>16</sup> Verder kenmerkt het beleid zich door een lange termijn focus, maar waarbij wel rekening wordt gehouden met kansen die zich tussentijds voordoen om huidige problemen snel op te lossen en die op korte termijn geïmplementeerd kunnen worden. Zo'n combinatie van lange termijn doelstellingen met op korte termijn mogelijke maatregelen ziet men bijvoorbeeld terug bij de ontwikkeling van groene daken en waterpleinen. Ieder van de drie onderzochte steden kent wel voorbeelden waarbij multifunctioneel gebruik van de publieke ruimte deel uitmaakt van het beleid de stad meer klimaatbestendig te maken (zie voor voorbeelden hierna). Reden voor deze pragmatische benadering en het gebruik van de publieke ruimte is natuurlijk de beperkte ruimte die in Nederland beschikbaar is.

De ontwikkeling van integraal waterbeheer sinds het begin van de 21<sup>e</sup> eeuw is een belangrijke verandering die plaatsvond op zowel Europees, nationaal, regionaal als lokaal niveau.<sup>17</sup> Integraal waterbeheer of *Integrated Water Resources Management* (IWRM), wordt wel gedefinieerd als 'een proces dat een gecoördineerde ontwikkeling en beheer beoogt van water, land en de bijbehorende bronnen, om zo het economisch en sociaal welzijn te vergroten op een billijke manier en zonder schade toe te brengen aan vitale ecosystemen'.<sup>18</sup> Stedelijk waterbeheer in Nederland kent ook deze ontwikkeling en dat ziet men terug in het beleid van de drie onderzochte steden.<sup>19</sup>

*Amsterdam* heeft er voor gekozen adaptatie aan klimaatverandering te 'framen' als een kans in plaats van een probleem. De esthetische waarde van water in de stad wordt be-

15 Delta Rotterdam. (2014). Delta Rotterdam: Connecting water with opportunities.

16 Gemeente Utrecht (2016b). Waterproof: Handleiding maatregelen aan de woning en tuin tegen wateroverlast. Utrecht.

17 Waterwet; Kaderrichtlijn water (2000/60/EC) en Richtlijn overstromingsrisicobeheer. (2007/60/EC).

18 Hassing, J., Ipsen, N., Clausen, T., Larsen, H., & Lindgaard-Jørgensen, P. (2009). Integrated water resources management in action. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

19 Van Rijswick, H.F.M.W., & Havekes, H.J.M. (2012). European and Dutch water law. Groningen: Europa Law Publishing.

nadrukt, met de grachten en de gebieden aan het IJ als voorbeeld.<sup>20</sup> De website laat de successen van Amsterdam Rainproof zien, inclusief foto's van een groen dak dat wordt gebruikt als tuin en groen in woonwijken.

*Rotterdam* draagt zijn klimaatadaptatiestrategie sterk uit en gebruikt het zelfs als 'city branding'.<sup>21</sup> Rotterdam ziet klimaatverandering als een kans en verkoopt zichzelf als een veilige stad, die zich kenmerkt door innovaties op klimaatadaptatiegebied en als een klimaat-kennis. Er wordt reclame gemaakt met showcases als het Benthemplein als waterplein.

Ondanks dat *Utrecht* wel te maken heeft gehad met hevige neerslag, is er geen campagne zoals Amsterdam Rainproof of het Rotterdam Climate Initiative. Utrecht neemt wel deel aan een coalitie Ruimtelijke Adaptatie die een niet-bindend klimaatakkoord heeft vastgesteld. Erkend wordt dat Utrecht een campagne als Rotterdam en Amsterdam mist, waardoor het werk van de coalitie minder zichtbaar is.<sup>22</sup>

De analyse laat zien dat de drie steden ook de nationale beginselen van solidariteit, flexibiliteit en duurzaamheid onderschrijven, evenals de focus op lange termijn beleidsontwikkeling en integraal waterbeheer. Het valt echter op dat de steden hun beleid anders 'framen', waarbij Amsterdam en Rotterdam hun klimaatbeleid juist inzetten om hun stad te promoten. Dat ontbreekt in Utrecht.

### **3.4 Participatie**

De afgelopen twee decennia worden burgers meer en meer betrokken bij de ontwikkeling van ruimtelijke projecten, waarbij die betrokkenheid veelal wordt ondersteund door subsidies. De rol van de gemeente kan per project verschillen, Rotterdam spreekt in deze context van een rol die zich ontwikkelt van 'initiator', tot 'orchestrator' en uiteindelijk 'facilitator'.<sup>23</sup> De rijksoverheid kiest voor een decentrale benadering van omgevingsrechtelijke vraagstukken en daarmee voor decentraal klimaatadaptatiebeleid. Bevoegdheden worden primair neergelegd op het gemeentelijke niveau, ook om zo burgerinitiatieven beter te faciliteren omdat gemeenten nu eenmaal dichter bij de burger staan.<sup>24</sup>

Een belangrijke vraag is in hoeverre deze nieuwe benadering ook effectief is. Er zijn weinig empirische onderzoeksresultaten beschikbaar. Ook is onduidelijk of gemeenten weer zullen kiezen voor meer traditionele benaderingen als blijkt dat de bottom up initiatieven met een gemeentelijke facilitatorrol niet effectief blijken te zijn. Het antwoord

---

20 van de Veur, W., & de Gans, K. (2013). The Blue Gold - The spatial economic significance of water. PLAN Amsterdam, 7, p. 1-13.

21 Kavaratzis, M., & Hatch, M. (2013). The dynamics of place brands: An identity-based approach to place branding theory. *Marketing Theory*, 13, p. 69-86.

22 Moens, E., van Bree, J., & Blom, M. (2016). Ruimtelijke adaptatie in de praktijk: Klimaattocht langs Utrechtse koploperprojecten.

23 Gemeente Rotterdam (2013).

24 Mees, H. (2014). Responsible climate change adaptation, exploring, analysing and evaluating public and private responsibilities for urban adaptation to climate change. Utrecht: Utrecht University; Vermeij, L., van Houwelingen, P., & de Hart, J. (2012). Responsibility for their own neighborhood. In Veldheer, V. J. Jonker, L. van Noije, & C. Vrooman (Eds.), Een beroep op de burger: Minder verzorgingsstaat, meer eigen verantwoordelijkheid? (p. 254-272). Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau.

op die vraag zal afhangen van het klimaatbewustzijn van burgers en de ervaringen met nadelige gevolgen in hun buurt of stad, de politieke context en de effectiviteit die de Omgevingswet zal gaan hebben. De Omgevingswet biedt immers ook veel flexibiliteit en beleidsvrijheid aan gemeenten en geeft meer aandacht aan participatie en private verantwoordelijkheden. Uit vergelijkend onderzoek naar adaptatiebeleid in steden in andere landen blijkt bijvoorbeeld dat een meer verplichtende benadering vooralsnog effectiever is.<sup>25</sup>

Uit onze vergelijking van de drie steden blijkt dat betrokkenheid van burgers en stakeholders op twee manieren wordt toegepast. De eerste benadering bestaat uit het stimuleren van huiseigenaren om maatregelen op hun eigen perceel te nemen. Men kan denken aan bewustwordingscampagnes, zowel online als via traditionele media, informatieavonden en informatieverstrekking via huis aan huis bladen om bewustzijn te creëren en burgers duidelijk te maken dat op grond van het huidige recht burgers zelf verantwoordelijk zijn voor het teveel aan regenwater op hun eigen perceel. Een stap verder gaat het subsidiëren van maatregelen waarmee burgers hun eigen perceel meer regenwaterbestendig maken. Beide maatregelen worden hierna nog verder besproken.

Om de bewustwording van burgers en bedrijven te vergroten zijn campagnes of platforms als het Rotterdam Climate Initiative en Amsterdam Rainproof behulpzaam. Op de websites van deze initiatieven zijn foto's te zien van burgers die preventieve maatregelen nemen. Utrecht kiest daarentegen voor een meer reactieve benadering. De burgerinitiatieven die in samenwerking met de gemeente zijn ontwikkeld zijn een reactie op concrete wateroverlast met schade aan huizen en de infrastructuur in de betreffende buurt.

De tweede vorm van participatie heeft betrekking op het ontwerp en de implementatie van ruimtelijke projecten in publiek gebied. Vroege betrokkenheid van burgers bij projecten kan de weerstand tegen ruimtelijke en water gerelateerde infrastructuurprojecten verminderen. Voorbeelden van deze benadering zijn het Bethemplein in Rotterdam en het betrekken van burgers bij dit soort initiatieven in Utrecht. Bij het Rotterdamse waterplein zijn verschillende groepen belanghebbenden betrokken bij het ontwerp. Het plein ligt dicht bij een school en de architecten werkten nauw samen met de studenten zodat hun wensen bij het ontwerp betrokken konden worden. Utrecht organiseerde bewonerswerkgroepen om samen oplossingen te bedenken voor specifieke wateroverlastproblemen, deels op eigen grond van de burgers.<sup>26</sup>

Het betrekken van belanghebbenden bij ontwerp en uitvoering blijkt voordelig te zijn voor beide partijen. De overheid bespaart op kostbare juridische procedures en de bewoners voelen zich gehoord en zijn tot op zekere hoogte in staat invloed uit te oefenen op ontwerp en uitvoering van het project. Betrokkenheid bij het ontwerp en de uitvoering leidt in het algemeen tot betere acceptatie van de maatregelen en leidt soms zelfs tot gezamenlijk onderhoud. Bij het Bethemplein hebben de studenten echter hun school verlaten en een nieuwe generatie studenten voelt niet zo'n sterke betrokkenheid.

<sup>25</sup> Mees, H. L. et al (2014a).

<sup>26</sup> Gemeente Utrecht (2016b).

### **3.5 Belangenafweging en relatie met andere beleidsdoelen**

Bij beleid voor klimaatadaptatie spelen verschillende vragen een rol. Hoe belangrijk is adaptatie aan klimaatverandering in verhouding tot andere gemeentelijke doelstellingen? Welke belangen spelen er en hoeveel gewicht moet worden toegekend aan de verschillende belangen? Hoe worden de lasten verdeeld die het gevolg zijn van het willen realiseren van bepaalde adaptatiedoelstellingen?<sup>27</sup> Deze belangenafweging speelt zowel op het niveau van de beleidsvorming als op dat van specifieke projecten. Twee factoren spelen daarbij een rol. In de eerste plaats betreft dat het belang dat wordt gehecht aan adaptatie aan klimaatverandering in verhouding tot andere politieke ambities. Dit zal ook afhankelijk zijn van de geografische en demografische omstandigheden in een bepaalde stad. Laten we Rotterdam als voorbeeld nemen. De demografische situatie in Rotterdam verschilt aanzienlijk van die in Amsterdam en Utrecht in de zin dat Rotterdam veel huishoudens met een laag inkomen telt. Investerings in het klimaatbestendig en groener maken van de stad kunnen de stad aantrekkelijker maken voor huishoudens met hogere inkomens en zijn ook positief voor het investeringsklimaat. Ruimtelijke planvorming dient dan meerdere doelen tegelijk, waarmee het ook hoger op de politieke agenda komt te staan.

Ook de politieke verhoudingen in de stad spelen een belangrijke rol. Ten tijde van het onderzoek bestond het college van burgemeester en wethouders in Utrecht uit wethouders van verschillende politieke komaf. De wethouder belast met ruimtelijke ordening zag meer in private verantwoordelijkheden om de klimaatadaptatieproblematiek op te lossen dan in publieke investeringen. Het voorbeeld uit Utrecht laat zien dat de beleidsvrijheid die gemeenten hebben resulteert in verschillende benaderingen voor klimaatadaptatie, afhankelijk van de politieke voorkeur van gemeenteraad en college van burgemeester en wethouders.

Ook een factor van belang is de mate waarin in een gemeente het risico van wateroverlast wordt geaccepteerd. Dit ziet men terug in de door de diverse gemeenten geformuleerde doelstellingen. Een toename van het risico op wateroverlast is immers direct gerelateerd aan de wijze waarop de verschillende beleidsdoelstellingen tegen elkaar worden afgewogen. Aan de ene kant zien we een ambitieuze gemeente die het risico op wateroverlast tot nul wil reduceren (maak de stad klimaat-of regenbestendig), aan de andere kant zien we een gemeente die zekere consequenties van klimaatverandering in het stedelijk gebied accepteert en daarmee de verantwoordelijkheid ten dele bij private partijen neerlegt. Gemeenten kunnen op verschillende manieren omgaan met de negatieve gevolgen van zo'n belangenafweging. Zo kan het betalen van nadeelcompensatie geschikt zijn indien bepaalde mensen disproportionele lasten ondervinden van bepaalde maatregelen in vergelijking met anderen.<sup>28</sup> Een andere optie is gewenst gedrag stimuleren door het aanbieden van subsidies.<sup>29</sup> Uit het onderzoek naar de drie steden komt naar voren dat iedere stad de kosteneffectieve benadering anders invult, variërend van strategische financiering van maatregelen in combinatie met het accepteren van een

---

27 van Doorn-Hoekveld, W. et al (2016).

28 van Doorn-Hoekveld, W. et al (2016); van Doorn-Hoekveld, W. (2014). Compensation in flood risk management with a focus on shifts in compensation regimes regarding prevention, mitigation and disaster management. *Utrecht Law Review*, 10.

29 Mees, H. L. et al (2014a).

zekere mate van wateroverlast. De afweging berust dan op efficiency argumenten waar het gaat om economische schade en op effectiviteitsargumenten voor zover het gaat om het voorkomen van slachtoffers. Factoren die bij de afweging van de verschillende belangen een rol spelen zijn onder andere de bestaande infrastructuur, algemene veiligheidsoverwegingen, volksgezondheid, de mogelijkheden voor financiering, de grootte van de dreiging van wateroverlast, de politieke voorkeuren en de urgentie van andere sociale of politieke vraagstukken.

### **3.6 Verantwoordelijkheden, bevoegdheden en middelen**

Waar het gaat om de verantwoordelijkheidsverdeling voor adaptatie aan klimaatverandering in het stedelijk gebied is relevant dat artikel 3.8 van de Waterwet stedelijk waterbeheer ziet als een gedeelde verantwoordelijkheid van waterschappen en gemeenten. Verder is bij de ontwikkeling van ruimtelijke plannen de gemeente op grond van het Bro gehouden advies te vragen aan de waterbeheerder en de resultaten van deze zogeheten watertoets neer te leggen in de toelichting bij het ruimtelijke besluit. Ondanks dat een gemeente niet verplicht is het advies van de waterbeheerder op te volgen, maakt de watertoets duidelijk dat sprake is van een gedeelde verantwoordelijkheid en dat bij ruimtelijke besluiten de gevolgen voor het waterbeheer in ogenschouw genomen moeten worden.

Een tweede aspect dat van belang is, betreft de gedeelde publiek-private verantwoordelijkheid. Er zijn verschillende redenen waarom de overheid een rol dient te spelen bij het klimaatbestendig maken van het land en het stedelijk gebied in het bijzonder. In de eerste plaats vloeit dit voort uit de zorgplicht die op grond van artikel 21 Grondwet op de overheid rust om te zorgen voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het milieu. Op grond van artikel 3.5 Waterwet rust op de gemeente de zorgplicht inzake het verzamelen en afvoeren van regenwater. De gemeente heeft echter een grote mate van beleidsvrijheid in deze en kan zelf bepalen hoe ver die zorgplicht reikt. Vanuit het perspectief van de noodzakelijke legitimiteit van overheidsbeleid is het belangrijk dat verantwoordelijkheden duidelijk zijn. Dat biedt rechtszekerheid in de zin dat burgers dienen te weten waar ze zelf verantwoordelijk zijn. Zo maakt Amsterdam in haar beleid duidelijk dat zij haar zorgplicht voor het hemelwater primair invult door burgers behulpzaam te zijn bij het nemen van hun eigen verantwoordelijkheid, in plaats de focus te leggen op het voldoen aan de eigen doelstellingen.<sup>30</sup> Rotterdam ziet de zorgplicht zo dat zij zorg draagt voor infiltratie van water in de bodem of afvoer via de riolering alsmede voorziet in de benodigde infrastructuur zodat burgers hun overtollige regenwater kunnen lozen.<sup>31</sup> Utrecht is meer specifiek waar het gaat om de formulering van haar zorgplicht. De gemeente erkent dat de grond onder de meerderheid van de huizen niet geschikt is voor infiltratie van regenwater op particulier terrein en voorziet daarom in publieke infrastructuur om het regenwater af te voeren. De gemeente Utrecht maakt daarnaast een onderscheid tussen de hoeveelheid regen die minder of meer is dan 20 mm/uur. Voor zover er minder dan 20 mm/uur regen valt houdt de zorgplicht van de

30 Waternet. (2016). Gemeentelijk Rioleringsplan Amsterdam 2016-2021: Stedelijk Afvalwater, Afvloed en Hemelwater en Grondwater in Amsterdam.

31 Gemeente Rotterdam. (2016). Gemeentelijk rioleringsplan, Planperiode 2016-2020: Voor een gezonde en aantrekkelijke stad met een robuust stedelijk watersysteem.

gemeente in dat voorkomen wordt dat het regenwater op straat blijft staan. Bij een regenval van meer dan 20 mm/uur zal de gemeente voorkomen dat regenwater gebouwen in stroomt, op voorwaarde dat het vloerpeil hoger is dan dat van de straat.

Gemeenten hebben zorgplichten voor stedelijk waterbeheer die voortvloeien uit de Waterwet, de Wet milieubeheer en de Wro. Burgers zijn in beginsel verantwoordelijk voor regenwater op hun eigen perceel. De reikwijdte van de gemeentelijke zorgplicht wordt nader gedefinieerd in de gemeentelijke rioleringsplannen. Ons empirisch onderzoek laat zien dat alle drie de gemeenten in de praktijk meer doen dan waartoe zij wettelijk verplicht zijn en daarmee private verantwoordelijkheden overnemen van de burgers. Het gevolg is dat burgers er ook op vertrouwen dat de overheid verantwoordelijkheid neemt voor wateroverlast op particuliere percelen. Om burgers te stimuleren hun verantwoordelijkheid in deze weer te nemen en bij te dragen aan het klimaatbestendig maken van hun stad, gebruiken alle drie de gemeenten bewustwordingscampagnes met praktische voorbeelden hoe huizen en percelen beter klimaatbestendig gemaakt kunnen worden. De mate van investeringen in tijd, geld en menskracht verschillen echter per gemeente en zijn afhankelijk van de politieke prioriteit die het thema in de betreffende gemeente heeft (zie ook de vorige paragraaf).

### **3.7 Regelgeving en overeenkomsten**

Voor wat betreft de landelijke en gemeentelijke regelgeving is het volgende van belang. In nationale wetgeving wordt de problematiek van hevige neerslag als gevolg van klimaatverandering niet expliciet geadresseerd. Voor wat betreft de gemeentelijke regelgeving is met name de gemeentelijke rioleringsverordening op grond van de Wet milieubeheer relevant. In sommige gemeenten wordt ook het bestemmingsplan gebruikt om klimaatadaptatiever ruimtelijk beleid te voeren.<sup>32</sup> De waterschappen leggen hun klimaatgerelateerde regelgeving vast in de keur.<sup>33</sup> Geconcludeerd moet worden dat er nauwelijks bindende regelgeving wordt gebruikt om de gevolgen van klimaatverandering in het stedelijk gebied aan te pakken. De focus ligt in de door ons onderzochte steden op zachte beleidsinstrumenten die zijn neergelegd in beleidsdocumenten en overeenkomsten, niet bindende afspraken of coalitieakkoorden. De bindende regelgeving die er wel is vloeit voort uit de Europese richtlijn inzake overstromingsrisicobeheer, maar ook hier wordt de lidstaten veel beleidsvrijheid geboden. Lidstaten dienen adequate en gecoördineerde maatregelen te nemen om overstromingsrisico's terug te dringen. Dit beleid moet verplicht worden neergelegd in plannen. Daarbij is relevant dat de EU-richtlijn geen onderscheid maakt tussen overstromingen en wateroverlast, zoals Nederland dat wel doet. Dat betekent dat ook op gemeentelijk niveau een wettelijk plan voor wateroverlast verplicht is. Na inwerkingtreding van de Omgevingswet zal de implementatie van de Europese regelgeving hier tekort schieten.

Op nationaal niveau zijn de artikelen 2.1 en 3.1 van de Wro van belang nu zij de gemeente verplichten tot het vaststellen van structuurvisies en bestemmingsplannen. De

---

32 Akkerman, J.J. en Brans, M.C., Toenemende hittestress, wateroverlast en droogte in de fysieke leefomgeving. Een juridische verkenning naar klimaatadaptatie in steden, Tijdschrift voor Bouwrecht, 2019/2/17.

33 Gilissen, H.K., Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer, Kluwer 2013.



artikelen 4.22 en 4.23 van de Wm schrijven voor dat er gemeentelijk beleid dient te zijn voor het rioleringsbeheer en dat de gemeentelijke zorgplicht op grond van deze artikelen nader moet worden gedefinieerd. Op grond van de Waterwet hebben gemeenten drie zorgplichten: artikel 3.5 definieert de plicht tot inzameling en verwerking van hemelwater, artikel 3.6 gebiedt zorg te dragen dat structureel nadelige gevolgen vanwege de grondwaterstand moeten worden voorkomen en artikel 10.33 Wm legt de gemeente de zorgplicht op voor het inzamelen en verwerken van huishoudelijk afvalwater. De verantwoordelijkheid voor het laten infiltreren, verzamelen of verwerken van regenwater op particuliere grond is een verantwoordelijkheid van de perceeleigenaar, maar alleen voor zover dat in redelijkheid van de eigenaar verwacht kan worden. Kan dat niet verwacht worden dan is de gemeente verantwoordelijk.<sup>34</sup> Eigenaren kunnen er bijvoorbeeld voor kiezen de bestrating (deels) uit hun tuin te verwijderen of om zelf opvang te creëren. In beginsel beperkt de gemeentelijke verantwoordelijkheid en zorgplicht zich tot het aanbieden van faciliteiten voor de opvang en verwerking van lozingen van run-off hemelwater.<sup>35</sup>

Het ontwerpen van (gemeentelijke) regelgeving is een delicaat proces. Aan de ene kant is rechtszekerheid nodig over de reikwijdte van de verschillende publieke en private verantwoordelijkheden, terwijl anderzijds teveel en te gedetailleerde regels belemmerend werken ten aanzien van de benodigde flexibiliteit of het adaptief vermogen waar juist bij klimaatadaptatie behoefte aan is. Zo blijkt uit onderzoek dat duidelijke subsidieregelingen en verplichtende regelgeving het meest effectief zijn als men de hoeveelheid groene daken wil uitbreiden.<sup>36</sup> De wetgeving is inmiddels zodanig aangepast dat gemeenten nu de rioolheffing kunnen gebruiken om ook andere maatregelen te nemen voor de verwerking en berging van overtollig regenwater en biedt daarmee mogelijkheden voor een klimaatadaptatiever stedelijk waterbeheer.

De meeste afspraken die zijn gemaakt in het kader van ruimtelijke adaptatie - zoals Amsterdam Rainproof, het Rotterdam Climate Initiative en het Utrecht Gemeentelijke Plan Water Taken 2016-2019 zijn gebaseerd op een pragmatische keuze voor de meer zachte beleidsinstrumenten in plaats van bindende verplichtingen gebaseerd op regelgeving.<sup>37</sup> Dit reflecteert het Nederlandse adagium: zacht als het kan, hard als het moet.<sup>38</sup>

### **3.8 Financiering**

De programma's Amsterdam Rainproof, en Rotterdam Climate Proof en het beleidsprogramma van de gemeente Utrecht worden op verschillende manieren gefinancierd.

---

34 Gilissen, H.K., van Rijswick, H., & de Gier, A. (2010). De kwantitatieve wateropgave in sterk verharde gebieden. Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid.

35 Memorie van Toelichting bij de wetswijziging Wet verankering en bekostiging van gemeentelijke wtertaken, Hemelwaterzorgplicht.

36 Mees, H. L., Driessen, P., Runhaar, H., & Stamatelos, J. (2012). Who governs climate adaptation? Getting green roofs for stormwater retention off the ground. *Journal of Environmental Planning and Management*, 56, p. 802-825.

37 Mees, H. L. et al (2014a).

38 van Rossum, W. (2016). Dutch legal culture. In J. Chorus, E. Hondius, & W. Voermans (Eds.), *Introduction to Dutch law* (p. 13-32). New York, Kluwer Law International.



Financiering komt van de rioolheffing en vanuit nationale en EU middelen, zoals het EU LIFE Programme for the Environment and Climate Change 2014-2020.<sup>39</sup>

*Amsterdam* heeft voor de periode 2016-2021 €1.75 miljoen op een totale begroting van €70-77 miljoen gereserveerd voor het regenbestendig maken van de stad.<sup>40</sup> Dit bedrag is niet bestemd voor de uitvoering van specifieke projecten maar is voor salariskosten, onderzoek en bijeenkomsten. Het meeste geld wordt opgebracht door de rioolheffing. Naast de rioolheffing wordt *Amsterdam Rainproof* ook gefinancierd uit de begroting voor transport/vervoer.<sup>41</sup>

Ook in *Rotterdam* worden de meeste benodigde financiën gegenereerd uit de rioolheffing.<sup>42</sup> Aangezien vervanging van het rioolstelsel erg kostbaar is wordt een vast bedrag gereserveerd zodat ook op lange termijn voldoende financiële middelen beschikbaar zijn. Daarnaast ontvangt *Rotterdam* geld van het Rijk vanwege zijn Climate Initiative programma en het 100 Resilient Cities programme, geïnitieerd door de Rockefeller Foundation.<sup>43</sup> Tussen 2016 en 2020 zal de gemeente *Rotterdam* jaarlijks €5.8 miljoen investeren in regenwateropvang en verwerking.<sup>44</sup>

Sinds 2008 reserveert de gemeente *Utrecht* jaarlijks een bedrag uit de rioolheffingsopbrengsten ten behoeve van het onderhoud en de verbetering van het rioolstelsel. Verder beoogt de gemeente zijn schulden sneller af te betalen, om zo extra geld te genereren voor maatregelen om de gevolgen van extreme neerslag aan te pakken.<sup>45</sup> Zowel in 2015 en 2016 heeft de gemeente €6 miljoen geïnvesteerd om de riolering te verbeteren en gedeeltelijk te vervangen en er is €1 miljoen geïnvesteerd om asfalt te vervangen door groen en om hemelwateropvang af te koppelen van het rioleringssysteem.<sup>46</sup>

### **3.9 Maatregelen, onderhoud en beheer, monitoring en adaptatie**

Alle drie de onderzochte gemeenten gebruiken infrastructuurprojecten om aan hun klimaatadaptatiedoelstellingen te kunnen voldoen. *Amsterdam* investeert in groene daken op publieke gebouwen, ontwikkelt groene ruimtes in woonwijken en bouwt aan waterpleinen.<sup>47</sup> *Rotterdam* is een voorloper waar het gaat om het klimaatbestendig maken van de stad en investeert en promoot grootschalige projecten zoals het Benthem waterplein en de bouw van een parkeergarage waar regenwater kan worden opgevangen.<sup>48</sup> *Utrecht* investeert in kleinschaliger projecten zoals het vervangen van asfalt door groen. Alle drie de steden investeren in groene daken.

---

39 European Parliament and the Council. (2013). Regulation on the establishment of a programme for the environment and climate action, regulation 1293/2013.

40 Waternet (2016).

41 Gemeente Amsterdam (2015b). Agenda Groen 2015-2018: Investeren in de tuin van de Amsterdammer.

42 Gemeente Rotterdam. (2016).

43 Climate, K.I.C. (2016). Working with cities and regions..

44 Gemeente Rotterdam (2016).

45 Gemeente Utrecht (2016a).

46 Gemeente Utrecht (2016a).

47 Amsterdam Rainproof. What is going on in the city?

48 Rotterdam Climate Initiative.

Om een project succesvol te laten zijn is alleen het bouwen van een project onvoldoende. Ook beheer en onderhoud, monitoring van de effectiviteit en daarop volgende maatregelen zijn noodzakelijk. Op die manier kan worden geleerd van eerdere ervaringen en projecten en kan beleid steeds worden verbeterd. Het Benthem waterplein in Rotterdam is illustratief in dit opzicht. Het plein zelf is voorzien van innovatieve technologie.<sup>49</sup> Ondanks dat de gemeente in de beginfase van de ontwikkeling nauw heeft samengewerkt met studenten van de nabijgelegen school blijkt het onderhoud van het plein zeer kostbaar. Zwerfafval en verstopte afvoerpijpen zijn een serieus probleem geworden en maakt dat de onderhoudskosten hoger uitvallen dan aanvankelijk begroot. In de fase van monitoring en onderhoud is het van belang vroegtijdig mogelijke problemen te identificeren en een benadering te kiezen die een adaptief beheer mogelijk maakt. Rotterdam publiceert weliswaar monitoringresultaten, maar deze zijn erg algemeen verwoord en de laatste update is van 2013.<sup>50</sup>

Adaptief beheer kan ook gebruik maken van pilotprojecten met daaropvolgende evaluaties van de effecten. Alle drie de onderzochte gemeenten doen dit in zekere mate. In het ideale geval leiden nieuwe gegevens tot noodzakelijke aanpassingen in kennisontwikkeling, belangenafwegingen, verantwoordelijkheidsverdeling of aanpassingen in de financiering en uiteindelijk eventueel in de aanpassing van regelgeving of het gebruik van beleidsinstrumenten.

Het empirische onderzoek laat zien dat er in alle drie de gemeenten projecten zijn gestart of worden ontwikkeld, maar er is nog weinig te zeggen over de mate van beheer en onderhoud of het aanpassen van beleid op basis van evaluaties of monitoringresultaten, omdat de meeste pilotprojecten nog maar kort actief zijn.

### **3.10 Toezicht, naleving en handhaving**

Toezicht, naleving en handhaving zijn gerelateerd aan de eerder besproken elementen die zien op de verantwoordelijkheidsverdeling, de regelgeving en overeenkomsten, de monitoring en de beschikbare middelen en mankracht om naleving en handhaving te verzekeren. Voor succesvolle naleving en handhaving is cruciaal dat de reikwijdte van de verantwoordelijkheden helder is en verantwoordelijkheden duidelijk zijn verdeeld.<sup>51</sup> Onduidelijkheid over wie wat kan handhaven frustreert het proces en leidt tot vertraging in het bereiken van de doelstellingen. Dit geldt zowel voor de verantwoordelijkheidsverdeling tussen waterschap en gemeente als die tussen publieke en private partijen. Het spreekt voor zich dat bindende regelgeving die duidelijk is in de verplichtingen die eruit voortvloeien en waarbij eveneens duidelijk is wat de gevolgen bij niet-naleving zijn over het algemeen makkelijker te handhaven is. Zachtere beleidsinstrumenten, zoals in de onderzochte case studies zijn nauwelijks handhaafbaar, omdat de focus ligt op bewustwording, zogenaamde 'city-branding', het faciliteren van samenwerking of het stimuleren van burgerinitiatieven. Daar komt bij dat de beschreven beleidsinitiatieven van de gemeenten geen indicatoren hebben waaraan kan worden afgemeten of de beleidsdoelstellingen wel (op tijd) gerealiseerd kunnen worden. Het is ook niet duidelijk

49 Delta Rotterdam. (2014). Delta Rotterdam: Connecting water with opportunities..

50 Rotterdam Climate Initiative.

51 van Rijswijk, M. et al (2014).

wie uiteindelijk verantwoordelijk is voor het halen van de doelstellingen, welke concrete acties nodig zijn en wie verantwoordelijk is voor de handhaving. Dat maakt het lastig om te kunnen evalueren of het beleid effectief is.

Ook in geval er gebruik wordt gemaakt van informele afspraken in samenwerkingsverbanden is het moeilijk naleving te verzekeren, maar er kunnen verschillende manieren worden gebruikt om naleving te bevorderen, zoals bij de onderhandelingen expliciet aandacht besteden aan het meten van de effectiviteit. Wat betreft de onderzochte projecten moet worden gezegd dat het nog vele jaren duurt eer de doelstellingen moeten zijn bereikt en aangezien de meeste projecten nog in de ontwikkelingsfase zijn valt er nog niet veel te leren over de naleving en handhaving op basis van empirisch verkregen informatie.

### **3.11 Conflictbeslechting**

In de ideale situatie zou het voldoende aandacht besteden aan de hiervoor besproken elementen uit de assessment methode moeten leiden tot het voorkomen of verminderen van het aantal potentiële conflicten. Participatie van belanghebbenden en erkenning en het laten meewegen van hun belangen bij de ontwikkeling van klimaatadaptatiebeleid, duidelijke en transparante regelgeving en overeenkomsten, een goede afweging van alle betrokken belangen, adequate financiering en een heldere verantwoordelijkheidsverdeling zijn cruciaal voor de uitvoerbaarheid en het succes van effectieve klimaatadaptatieprojecten. Het laten meewegen en ontwikkelen van dit samenspel aan elementen kan voorkomen dat conflicten escaleren en is daarmee efficiënt zowel in tijd als kosten. Dat geldt temeer als men bedenkt dat juridische procedures niet perse tot meer effectief beleid, snellere uitvoering of billijker uitkomsten leiden, maar over het algemeen wel veel tijd en geld kosten, ook gezien de verschillende belangen die spelen, het grote aantal belanghebbenden en de complexiteit van het vraagstuk. Conflicten zullen echter niet altijd vermeden kunnen worden. Uit het empirische onderzoek zijn geen duidelijke conflicten naar voren gekomen. Meer in het algemeen kan echter worden betoogd dat meer beleidsmatige of politieke conflicten beslecht zullen moeten worden in de gemeenteraad, terwijl andere conflicten opgelost kunnen worden door middel van overleg, onderhandelingen, arbitrage, mediation of meer formele rechtszaken. In dit kader is het belangrijk dat het Nederlandse bestuursrecht een toegang tot de bestuursrechter kent die makkelijk toegankelijk is voor een breed publiek. Het is niet duur en uitkomsten zijn betrekkelijk snel voorhanden. Bedacht moet echter worden dat de hiervoor beschreven beleidsinstrumenten niet juridisch bindend zijn en om die reden niet snel bij de rechter ter discussie kunnen worden gesteld.

## **4 Analyse van de onderzoeksresultaten**

Als gevolg van de zichtbaar toenemende gevolgen van klimaatverandering heeft iedere onderzochte gemeente maatregelen genomen, alhoewel die per gemeente verschillen. Alle drie de onderzochte gemeenten hebben maatregelen genomen als reactie op extreme neerslag en doelstellingen geformuleerd voor het regenbestendig maken van de stad. Alhoewel de doelstellingen betrekkelijk duidelijk zijn geformuleerd, zijn er geen indicatoren waarmee de voortgang kan worden gemeten. De trits vasthouden-bergen en

afvoeren van overtollig regenwater wordt gezien als een goede keuze voor het klimaatbestendig maken van de stad. De gemeenten beschikken over voldoende data en kennis om de risico's in kaart te brengen. Ze hebben ook allemaal publiekscampagnes ontwikkeld, alhoewel de ene gemeente hier actiever in is dan de andere. In Amsterdam en Rotterdam zijn deze campagnes meer proactief en worden ze ondergebracht in stedelijke initiatieven met een eigen naam en 'branding strategie', zoals de Amsterdam Rainproof strategie en het Rotterdam Climate Initiative. In Utrecht zijn maatregelen gebaseerd op het gemeentelijke Plan Water Taken en worden maatregelen meer op een ad hoc basis geïmplementeerd en zijn ook kleinschaliger.

Ondanks dat er verschillende benaderingen worden gebruikt hebben alle campagnes de bewustwording over de consequenties van klimaatverandering vergroot. Omdat het klimaatbestendig maken van stedelijke gebieden plaatsvindt op lokaal niveau dienen publiekscampagnes gecombineerd te worden met concrete maatregelen die worden uitgevoerd door zowel publieke als private partijen. De gemeenten gebruiken 'showcases' zoals groene daken, drijvende woningen en waterpleinen om hun beleid zichtbaar te maken. Opmerkelijk is dat de meeste projecten gemeentelijke initiatieven zijn die ook met publiek geld - met name vanuit de rioolheffing - worden gefinancierd.

## **5 Bevindingen en conclusies**

Nederland wordt vanwege klimaatverandering steeds vaker geconfronteerd met extreme neerslag. Dit heeft gevolgen voor het stedelijke ruimtelijke en waterbeheer om zo schade aan infrastructuur en private eigendommen te voorkomen. Deze trend ziet men niet alleen in Nederland maar in steden wereldwijd.<sup>52</sup> De drie door ons onderzochte steden dienen als voorbeeld hoe ruimtelijke adaptatie vorm gegeven kan worden en kiezen allen een andere benadering om hun steden minder kwetsbaar te maken voor extreme neerslag en om hun veerkracht te vergroten. Het is nog te vroeg om te kunnen beoordelen welke benadering op de lange termijn het meest effectief zal zijn, maar waarschijnlijk is dat een combinatie van de gekozen methoden en middelen. Uit de wetenschappelijke literatuur<sup>53</sup> vloeit voort dat veerkracht het beste kan worden ontwikkeld of verkregen door te investeren in het vermogen extreme neerslag of wateroverlast of overstromingen te weerstaan, er ruimte voor te creëren en te zorgen dat herstel na extreme neerslag snel plaats kan vinden. Daar kan de ontwikkeling van het vermogen te leren van eerdere gebeurtenissen of van de effectiviteit van genomen maatregelen aan worden toegevoegd. Daarbij wordt bij voorkeur gebruikt gemaakt van participatie van belanghebbenden en wordt beleid verbeterd op basis van nieuwe kennis en geleerde lessen. De drie steden besteden allemaal aandacht aan deze aspecten om hun veerkracht te vergroten alhoewel ze dat in verschillende mate doen. In het Nederlandse omgevingsrecht zijn verschillende juridische beleidsinstrumenten voor handen zoals waterbeheerplannen, gemeentelijke water- of rioleringsplannen, lokale verordeningen met een vergunningensystemen en de mogelijkheid bouwvoorschriften te stellen. De wet biedt daarnaast een duidelijke verdeling van publieke en private verantwoordelijkheden. Opmerkelijk is echter dat de gemeenten hebben gekozen voor het grotendeels zelf ontwikkelen en uitvoeren van

52 Dai, L. et al (2017).

53 Hegger, D. L. et al (2014).

maatregelen in het publieke domein en daarnaast met name gebruik maken van meer ‘zachte’ beleidsinstrumenten zoals bewustwordingscampagnes, participatie, ondersteunen van burgerinitiatieven en subsidies. Er wordt nauwelijks gebruik gemaakt van handhaafbare juridische instrumenten.

De duidelijk geformuleerde beleidsdoelstellingen van de gemeente Amsterdam en Utrecht kunnen dienen als een goed voorbeeld voor andere gemeenten. Ze stellen meetbare doelen vast die het mogelijk maken om te bezien of het beleid effectief is en de doelstellingen ook op tijd worden bereikt. Kijkend naar de verschillende elementen van veerkracht kunnen we concluderen dat grootschalige investeringen in het rioleringsstelsel de beste kansen bieden om extreme neerslag te weerstaan. Maar bedacht moet worden dat dit met name wordt gedaan als renovatie van het rioolstelsel toch al aan de orde is, omdat deze investeringen te kostbaar zijn om als enig beleid te hebben. Hetzelfde geldt voor het grootschalig afkoppelen van regenwater van het huishoudelijk afvalwatersysteem. Om extreme neerslag beter op te kunnen vangen en sneller te herstellen na een periode van extreme neerslag zijn de verschillende initiatieven die de sponswerking van het stedelijk gebied vergroten goede voorbeelden voor andere steden. In plaats van regenwater zo snel mogelijk af te voeren naar het rioolstelsel wordt het eerst zo lang mogelijk vastgehouden, of in de bodem ter plaatse of in speciaal daarvoor ontwikkelde bergingsgebieden of projecten. Multifunctioneel ruimtegebruik zoals dat plaatsvindt bij de aanleg van bijvoorbeeld waterpleinen of meer groene ruimte in de stad kan eveneens dienen als voorbeeld voor andere gemeenten. Hetzelfde geldt voor oplossingen op particulier terrein die niet veel impact hebben op het dagelijks leven van burgers, zoals het plaatsen van een regenton of verharding uit tuinen te verwijderen. Ook de in alle drie de gemeenten gepromote groene daken dragen bij aan het veerkrachtiger maken van het stedelijk gebied zodat beter om kan worden gegaan met perioden van extreme neerslag. Dat vergroot de sponswerking van het stedelijk gebied en zal ook bijdragen aan het verminderen van nadelige effecten vanwege langdurige watertekorten - met mogelijk verzakkende funderingen - in tijden van extreme droogte zoals in de zomer van 2018.

Klimaatadaptief bouwen vraagt om maatwerk. Iedere stad kent zijn eigen hydrologische, geografische, infrastructurele en demografische kenmerken en daarom dienen maatregelen en beleid te worden afgestemd op lokale omstandigheden. De focus op maatwerk kan ook goed werken binnen één gemeente, maar dan ligt het risico van inefficiënt werken met hoge kosten als gevolg op de loer. Het vermogen om te leren van pilotprojecten kan worden bevorderd door gebruik te maken van de hier gehanteerde assessment methode, omdat het de mogelijkheid biedt voor een systematische analyse van beleid en laat zien waar eventuele verbeteringen mogelijk zijn. Nu ziet men dat de nadruk soms sterk op enkele elementen ligt en dat andere elementen, die cruciaal zijn om het beleid effectief te laten zijn, uit het oog worden verloren. De methode laat zien welke delen van het beleid al goed zijn uitgewerkt en waar extra aandacht nodig of mogelijk is. Men ziet dat vaak veel aandacht is voor de fase van beleidsontwikkeling, maar dat uitvoering en handhaving, evenals monitoring en evaluatie van de resultaten erg weinig aandacht krijgt. Dit ziet men ook terug in de zogeheten ‘governance- literatuur’. Ook de literatuur besteedt met name aandacht aan het begin van het beleidsproces, met vaak uitvoe-

rige discussies over het beleidsdiscours<sup>54</sup> en participatie, alhoewel soms ook aandacht wordt geschonken aan de verdeling van publieke en private verantwoordelijkheden.<sup>55</sup> Duidelijkheid over de reikwijdte van publieke en private verantwoordelijkheden is van groot belang. De grond in het stedelijk gebied is veelal in handen van private eigenaren en wettelijk hebben zij de plicht zelf te zorgen voor het verwerken van regenwater. We constateren echter dat veel burgers en bedrijven niet op de hoogte zijn van deze eigen verantwoordelijkheid, hetgeen deels wordt veroorzaakt doordat de overheid veelal meer verantwoordelijkheid op zich neemt dan wettelijk verplicht is. Op zichzelf is dat prijzenswaardig, maar het leidt tot een gebrek aan bewustzijn over de problematiek en de eigen verantwoordelijkheden. Dat brengt effectief adaptatiebeleid in gevaar. Een gemeente die teveel verantwoordelijkheden naar zich toe trekt zal worden geconfronteerd met een passieve houding van burgers en bedrijven. Een maatschappelijk debat over de gevolgen van klimaatverandering in het stedelijk gebied en over de waarden en beginselen die leidend moeten of kunnen zijn bij het zoeken naar oplossingen en het verder ontwikkelen van beleid voor de ruimtelijke adaptatie in stedelijk gebied kan behulpzaam zijn.

We concluderen ook dat een diepgaandere analyse van de mogelijk te gebruiken beleidsinstrumenten en regelgeving vaak ontbreekt.<sup>56</sup> Dit kan leiden tot minder effectief beleid op de langere termijn. Op langere termijn kan bindende regelgeving een goede beleidskeuze blijken zijn, omdat het verantwoordelijkheden en verplichtingen duidelijk maakt, de rechtszekerheid vergroot en de handhaving makkelijker maakt.<sup>57</sup> Alhoewel het niet-bindende karakter van veel 'zachtere' beleidsinstrumenten de flexibiliteit van gemeenten kan dienen, moet er op worden gelet dat bij de keuze voor deze beleidsinstrumenten de implementatie van de maatregelen moet kunnen worden afgedwongen en dient ervoor te worden gezorgd dat op een of andere wijze verantwoording over het gevoerde beleid wordt afgelegd. Dat ontbreekt helaas in de drie onderzochte gemeenten. Het combineren van zachte beleidsinstrumenten met bindende regelgeving kan meer zekerheid bieden dat de klimaatadaptatieplannen van een gemeente daadwerkelijk worden geïmplementeerd en dat men minder afhankelijk is van het actuele politieke klimaat. Maar vanzelfsprekend is de keuze om meer bindende verplichtingen in het leven te roepen door middel van decentrale regelgeving ook een politieke keuze.

Het vermogen om beleid aan te passen op basis van ervaringen in pilots en concrete projecten kan worden verbeterd door indicatoren te ontwikkelen waarmee kan worden nagegaan in hoeverre het beleid op schema ligt bij het bereiken van de doelstellingen en in hoeverre het beleid effectief is. Dit ontbreekt in de onderzochte gemeenten. Er is niet voorzien in een periodieke evaluatie en verantwoordingsmechanismen voor het gevoerde beleid ontbreken. Dat maakt naleving en handhaving moeilijk. De tien elementen die in dit artikel zijn besproken dienen dan ook in samenhang gezien en toegepast

54 van Buuren, A., & Warner, J. (2014).

55 Mees, H. et al (2016).

56 Buijze, A. (2015). Promoting sustainable water management in area development: A regulatory approach. *Journal of Water Law*, 24, p. 166-173; Buijze, A., Salet, W., & Van Rijswijk, M. How central interventions enable contextualized practices of sustainable development. In W. Salet (Ed.), *Institutions in action*. Abingdon, UK: Routledge.

57 Mees, H. L. et al (2014a).

te worden, omdat een te sterke nadruk op één of enkele elementen effectief beleid in de weg staat. Een integrale benadering vergroot ook de legitimiteit van het beleid. Er zijn meerdere assessment methodes ontwikkeld om beleid te kunnen evalueren of bespreken, maar de meeste methoden leggen geen relatie tussen technische kennis en beleidsaspecten zoals governance, kosten, verantwoordelijkheden of juridische aspecten, of er wordt geen relatie gelegd tussen inhoud, proces en implementatie, of zij richten zich slechts op enkele elementen van het beleidsproces. Ten slotte biedt deze bijdrage enkele voorbeelden hoe steden klimaatbestendig gemaakt kunnen worden.

*Financiering van het onderzoek*

Dit onderzoek werd ten dele gefinancierd door het Future Deltas onderzoeksfocusgebied van de Universiteit Utrecht (WBS Grant No. WA.147101.2.707) en kreeg eveneens financiering via een zaaijeld toekenning vanuit het Strategische onderzoeksthema Instituten van de Universiteit Utrecht.

# De mogelijkheid van zonering en gebiedsgerichte gedragsregulering onder de Gemeentewet en de Omgevingswet

## Van bierfietsen tot Nutella-shops

*Mr. dr. A.E. (Mandy) van Rooij*

### 1 Inleiding<sup>1</sup>

Wie ons land van boven bekijkt, ziet de ruimtelijke verscheidenheid en geordendheid van Nederland. Voor de mensen die niet zelf over een vliegtuig, helikopter of luchtballoon beschikken, toont de VPRO in het televisieprogramma 'Nederland van boven' de kijkers - waaronder Jan Struiksma en mijzelf - hoe Nederland door de jaren heen is gemaakt en hoe we ons in het dagelijks leven bewegen, hoe we onze steden bouwen en ons landschap inrichten. Beelden van het geordende Nederland van boven laten volgens de programmamakers een behoefte aan maakbaarheid en regeldrift zien.<sup>2</sup> De ruimtelijke ordening die van boven te zien is, is soms organisch gegroeid en soms heeft de overheid ingegrepen in de ontwikkeling en het gebruik van de omgeving.<sup>3</sup> Jan heeft zich bij uitstek bezig gehouden met het ruimtelijke-ordeningsrecht en het omgevingsrecht: het juridisch kader en instrumentarium om ruimtelijk beleid te kunnen voeren.

De beelden van Nederland van boven laten ook zien hoe deze ruimtelijke ordening en de aanwijzing van gebieden voor gebruik voor onder meer woningbouw, detailhandel en bedrijventerreinen, infrastructuur, sport en recreatie, agrarische werkzaamheden en natuur vervolgens van invloed zijn op hoe wij ons dagelijks gedragen, bewegen, werken en ontspannen. Mijn eigen onderzoeksinteresse is juist de ordening van menselijk gedrag in de openbare ruimte en hoe we dit gedrag kunnen normeren om overlast te voorkomen, openbare orde te handhaven en veiligheid van mens, dier en goed te borgen. Naast gedragsregels die landelijk in wetten zijn vastgesteld, is op gemeentelijk niveau de algemene plaatselijke verordening (apv) een belangrijke bron van gedragsregulering.

---

1 Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan Constantijn Hageman.

2 Te bekijken via: <https://www.vpro.nl/programmas/nederland-van-boven/kijk/afleveringen.html>.

3 Vgl. Th.G. Drupsteen, *Ruimtelijk bestuursrecht. Deel 1: Ruimtelijke ordening en Volkshuisvesting*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 1983, p. 14.



De ruimtelijke ordening en de ordening van gedrag komen bij elkaar bij zogenoemde 'gebiedsgerichte regulering' of 'zonering': het aanwijzen van ruimtelijk begrensde gebieden waarbinnen bepaalde gedragingen niet, dan wel beperkt of onder bepaalde voorwaarden kunnen worden toegestaan.<sup>4</sup> Actuele voorbeelden zijn het bierfietsverbod en de beperking van de vestiging van zogenoemde Nutella-shops in het centrum van Amsterdam, de vuurwerkvrije zone in Hilversum en de taxionselfverboden rond Schiphol. In deze bijdrage bespreek ik hoe de gemeente zonering juridisch kan vormgeven. In paragraaf 2 bespreek ik eerst de bevoegdheid tot het vaststellen van zonering op grond van de autonome gemeentelijke verordening. Vervolgens gaat paragraaf 3 over zonering via de huidige bestemmingsplannen en, na de inwerkingtreding van de Omgevingswet, omgevingsplannen. Ik sluit af in paragraaf 4.

## 2 Zonering via de gemeentelijke verordening

'De raad maakt de verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt.' Met deze cryptische bepaling uit de Gemeentewet als basis en aan de hand van stokoude arresten over het verbod om te vissen op zondag (1922) en te baliekluiven (1952) leren we eerstejaars rechtenstudenten wat de reikwijdte is van de verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad.<sup>5</sup> Uit recente jurisprudentie over zonering blijkt de actuele waarde van dit leerstuk. Hierna bespreek ik de bevoegdheid om middels de autonome gemeentelijke verordening gebiedsgerichte verboden in te stellen. Vervolgens geef ik aan de hand van oude en jonge jurisprudentie een overzicht van de invulling van de benedengrens en de bovengrens van de verordenende bevoegdheid van de raad.

### 2.1 De autonome gemeentelijke verordening

De gemiddelde apv bevat allerlei bepalingen op grond waarvan bepaalde gedragingen in daartoe aangewezen gebieden kunnen worden verboden of aan voorwaarden kunnen worden verbonden. Het in de inleiding genoemde bierfietsverbod is bijvoorbeeld ingesteld op grond van de APV Amsterdam.<sup>6</sup> Bierfietsen zijn fietsen waarop een bar is gemonteerd en waarop toeristen en deelnemers aan vrijgezellenfeestjes zich als groep drinkend en fietsend door de stad bewegen. Vanwege vele klachten over geluidsoverlast, openbare dronkenschap en wildplassen wilde de gemeente Amsterdam de bierfietsen in het centrum aan banden leggen. Sinds 2017 is in de APV Amsterdam opgenomen dat het een bestuurder van een groepsfiets verboden is zich met die groepsfiets te bevinden binnen door de burgemeester aangewezen gebieden.<sup>7</sup> De raad attribueert hier een aanwijzingsbevoegdheid aan de burgemeester en hij kan vervolgens bepalen waar het in de

---

4 E.T. Schutte-Postma, 'Milieuzonering van de binnenstad: ruimte voor nieuwe bouwprojecten', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2008/86. In deze bijdrage zal ik niet ingaan op milieuzones die bij verkeersbesluit worden ingesteld o.g.v. art. 15 WvW 1994.

5 HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, p. 473 (*Wilnisse Visser*); HR 4 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1979, *NJ* 1952/365 (*Emmense Baliekluivers*).

6 Rb. Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7934 (*Bierfietsverbod Amsterdam*). J.P. Heinrich, 'De bierfiets: hoeveel reguleringsruimte heeft de gemeentelijke regelgever?', *Blog Bestuursrecht* 16 november 2017.

7 Art. 2.17A APV Amsterdam 2008.

apv geregelde groepsfietsverbod zal gelden.<sup>8</sup> De daadwerkelijke aanwijzing van een gebied is een concretiserend besluit van algemene strekking: de werking van de algemene norm in de apv is afhankelijk van dit besluit waarin het toepassingsbereik ervan naar plaats wordt geconcretiseerd.<sup>9</sup> Deze systematiek is in de afgelopen jaren ook gehanteerd voor de instelling van blowverboden,<sup>10</sup> vuurwerkvrije zones tijdens de jaarwisseling<sup>11</sup> en het verbod van ronselen van taxidiensten.<sup>12</sup>

Het vertrekpunt bij de bevoegdheid om via de verordening te komen tot gebiedsgerichte regulering is de gemeentelijke *autonomie*: in de Grondwet is verankerd dat regeling en bestuur inzake de eigen huishouding van de gemeente aan het gemeentebestuur wordt overgelaten.<sup>13</sup> Dit wordt onderscheiden van de taken die gemeenten in *medebewind* uitvoeren; dan vordert de wetgever regeling of bestuur en zijn gemeenten verplicht om binnen de kaders van die sectorale wet uitvoering te geven aan nationale doelstellingen; gemeenten zijn niet meer vrij om die taak al dan niet naar zich toe te trekken.<sup>14</sup> Binnen de gemeente is de raad in de regel bevoegd tot vaststelling van de verordeningen om die eigen huishouding te regelen.<sup>15</sup> De reikwijdte van de autonome verordenende bevoegdheid kent twee belangrijke begrenzingen: de raad mag niet treden in de particuliere belangen van de ingezetenen (benedengrens), en niet in onderwerpen waarin hogere regelgevers al uitputtend hebben voorzien en mag ook geen verordeningen opstellen die in strijd komen met hogere regelingen (bovengrens).<sup>16</sup> Ik bespreek beide grenzen hierna.

## 2.2 Benedengrens: particuliere belangen

De raad oordeelt welke autonome verordeningen hij nodig acht in het gemeentelijke belang, dit volgt uit artikel 149 Gemeentewet. De gemeentelijke politiek kan zich elk publiek belang aantrekken.<sup>17</sup> Binnen de gemeentelijke huishouding vallen onder meer aspecten van veiligheid in brede zin, voorkomen van hinder en gevaar, verdeling van schaarse ruimte en bescherming van de gezondheid. De raad mag met een verordening niet louter treden in de particuliere belangen. Het hiervoor genoemde *Wilnisse Visser-arrest* illustreert de benedengrens: het algeheel verbod om te vissen op zondag, ter bescherming van de zondagsrust, was zo ruim geformuleerd dat het ook gedrag verbood waar geen gemeentelijke belangen mee gediend worden en daarom achtte de rechter de bepaling onverbindend. Het uitgooien van een hengel op privéterrein niet zichtbaar vanaf de openbare weg werd met het verbod immers ook belemmerd.

8 Ik laat in deze bijdrage buiten beschouwing in hoeverre aanwijzingsbevoegdheden t.b.v. het gebiedsgericht voorkomen van overlast aan het college toegekend kunnen of zelfs moeten worden, zie hierover noot Munneke bij Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3634, *Gst.* 2019/22 (*Taxironselverbod Schiphol*).

9 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 208.

10 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, *AB* 2011/250 m.nt. Brouwer en Schilder.

11 Art. 2.7.3 APV Hilversum 2017.

12 Art. 5:14E APV Haarlemmermeer.

13 Art. 124 lid 1 Grondwet.

14 Art. 124 lid 2 Grondwet en art. 108 lid 2 Gemeentewet.

15 Art. 127 Grondwet en art. 147 Gemeentewet.

16 Verder geldt voor de reikwijdte de territoriale grens van de gemeente.

17 De rechter toetst dit aspect terughoudend, HR 8 april 1980, *NJ* 1980/330.

Het is niet zo dat de raad in het geheel niet in de privébelangen van burgers mag treden; bij de beoordeling van de benedengrens houdt de rechter ook rekening met de reflexwerking of het uitstralende effect.<sup>18</sup> Een gedraging die zich niet afspeelt in de openbare ruimte, maar wel effect heeft op de omgeving, bijvoorbeeld omdat het hinder of gevaar veroorzaakt in de openbare ruimte, raakt ook gemeentelijke belangen. Of de raad overgaat tot regulering komt neer op een afweging tussen het belang van regulering en het belang van vrijheid om zo publieke en private belangen in balans te brengen.

In dit verband is ook artikel 10 Grondwet van betekenis: mocht een gemeentelijke maatregel een beperking van het recht op privacy van burgers inhouden, zoals het instellen van preventief fouilleren, cameratoezicht of het sluiten van woningen, dan moet deze herleidbaar zijn tot een expliciete formeel-wettelijke grondslag. Het ruim geformuleerde artikel 149 Gemeentewet is geen toereikende basis voor beperkende maatregelen, zelfs als hier gemeentelijke belangen mee gediend worden.<sup>19</sup>

### 2.3 Hogere wet- en regelgeving als bovengrens

De bovengrens is relevant voor zonering via de gemeentelijke verordening als het gaat om de beperking van gedrag waarop ook al formele wetgeving van toepassing is.<sup>20</sup> Het toelaten of verbieden van een bepaald soort voertuigen op de openbare weg wordt beheerst door de Wegenverkeerswet 1994 (Wvw 1994), het voorhanden hebben van wiet of hasjiesj om te kunnen blowen valt binnen het bereik van de Opiumwet, het afsteken van consumentenvuurwerk is in het Vuurwerkbesluit geregeld dat berust op de Wet milieubeheer en het aanbieden van taxidiensten is gereguleerd in de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000). Het uitgangspunt van de Gemeentewet is dat de autonome gemeentelijke verordening hogere regelgeving onder bepaalde voorwaarden mag aanvullen; de verordening is dan zogenoemd *posterieur*. Artikel 121 Gemeentewet bepaalt dat de bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen ten aanzien van het onderwerp waarin door wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen is voorzien, blijft gehandhaafd, voor zover de verordeningen met die wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale verordeningen niet in strijd zijn. Bij de toepassing van deze bepaling zijn twee elementen in het bijzonder relevant: of sprake is van hetzelfde onderwerp en of de hogere regeling uitputtend bedoeld is; er is geen ruimte voor aanvulling als de hogere regelgever voor dat onderwerp een gesloten systeem tot stand heeft willen brengen. Beide elementen bespreek ik hierna.

#### *Het onderwerp*

Eerst moet worden bepaald of de autonome verordening en de hogere regeling over hetzelfde 'onderwerp' gaan. Dat is het geval als de beide regelingen iets beogen te regelen

---

18 Van der Laan in T&C Gemeentewet Provinciewet, art. 149 Gemeentewet.

19 ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164, AB 1996/204 m.nt. Rogier (*Drugspand Venlo*). Zie wel art. 151b en 151c Gemeentewet op grond waarvan de raad aan de burgemeester de bevoegdheden kan attribueren tot aanwijzing van gebieden voor preventief fouilleren en cameratoezicht.

20 Ik richt mij op de bevoegdheid die de gemeenteraad heeft gezien bestaande wet- en regelgeving. Het is ook denkbaar dat t.a.v. eenzelfde onderwerp van een verordening naderhand een hogere regeling wordt vastgesteld. O.g.v. art. 122 Gemeentewet vervalt de verordening dan van rechtswege.

- een verbod, gebod - met hetzelfde motief.<sup>21</sup> Bij een motief valt te denken aan voorkomen van overlast en hinder, gezondheid of gebruik van de weg. Het groepsfietsverbod in Amsterdam strekt er bijvoorbeeld volgens de toelichting bij artikel 2.17A van de APV Amsterdam toe hinderlijk gedrag en geluidsoverlast te voorkomen, en ook verkeershinder vanwege de langzame voortgang van deze voertuigen. De rechtbank Amsterdam beoordeelde of sprake was van strijd met de Wv 1994 die ook beoogt verkeershinder en verkeersonveilige situaties tegen te gaan.<sup>22</sup> Vanwege de plaatsing van de aanwijzingsbevoegdheid in het hoofdstuk van de APV genoemd 'Orde en veiligheid' en meer specifiek de paragraaf 'Hinderlijk gedrag', en vanwege de toelichting stelt de rechtbank vast dat het motief van het groepsfietsverbod is om baldadig gedrag en overlast tegen te gaan. Daarmee regelt artikel 2.17A een ander onderwerp dan Wv 1994. Voor zover aan de bepaling mede verkeersmotieven ten grondslag zijn gelegd, zoals de verkeershinder en verkeersonveilige situaties, is wel sprake van hetzelfde onderwerp.

Artikel 121 Gemeentewet is niet toepasselijk in het geval dat de regelingen een ander motief en dus een ander onderwerp hebben. De raad kan dan de hogere regeling aanvullen, ongeacht of deze uitputtend bedoeld is of niet. Echter, ook bij een ander motief mag de gemeentelijke verordening de hogere regeling niet doorkruisen of materieel uithollen. Dat volgt uit het klassieke *APV Schiermonnikoog*-arrest over een autoverbod ingesteld met het motief om het natuurlijker karakter van het eiland te behouden en niet uit verkeersmotieven.<sup>23</sup> Toch vond de Hoge Raad dit een 'zo algemeen en diep in het normale verkeer op de wegen ingrijpend verbod', dat het concludeerde tot strijd met de destijds geldende wegenverkeerswetgeving.

#### *Het uitputtende karakter van de hogere regeling*

De vervolgvraag in jurisprudentie over de aanvulling van hogere regelingen bij gemeentelijke verordeningen is of de hogere regeling datzelfde onderwerp al uitputtend heeft beoogd te regelen. De rechter hanteert verschillende interpretatiemethoden om deze vraag te beantwoorden. Ten eerste kan de wettekst duidelijkheid bieden, dat was het geval bij het Amsterdamse bierfietsverbod. Artikel 2a Wv 1994 luidt: 'Provincies, gemeenten en waterschappen behouden hun bevoegdheid om bij verordening regels vast te stellen ten aanzien van het onderwerp waarin deze wet voorziet, voorzover die regels niet in strijd zijn met de bij of krachtens deze wet vastgestelde regels (...)' De rechtbank Amsterdam besliste daarom dat de gemeenteraad de aanvullende verordenende bevoegdheid heeft om ten aanzien van groepsfietsen, ook vanwege verkeersmotieven.<sup>24</sup>

Vaak biedt de wettekst geen duidelijkheid en zal de rechter uit de aard van de regels, systematiek van de regeling of parlementaire geschiedenis moeten afleiden of de hogere regelgever beoogd heeft het onderwerp uitputtend te regelen. In de uitspraak over het *Hilversumse vuurwerkverbod* is een teleologische interpretatie te herkennen.<sup>25</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak beschouwt de regels in het Vuurwerkbesluit als minimale

21 HR 4 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1979, NJ 1952/365 (*Emmense Baliekluivers*).

22 Rb. Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7934 (*Bierfietsverbod Amsterdam*).

23 HR 23 december 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC7081, VR 1981/18 (*APV Schiermonnikoog*).

24 Rb. Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7934 (*Bierfietsverbod Amsterdam*).

25 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, AB 2011/250 m.nt. Brouwer en Schilder (*Vuurwerkverbod Hilversum*), r.o. 3.3.

waarborgen, die met name betrekking hebben op technische vereisten. De Afdeling is kort over de aard van de regels in het Vuurwerkbesluit: 'Regels over het aanwijzen van plaatsen voor het al dan niet bezigen van vuurwerk zijn in het Vuurwerkbesluit niet opgenomen.' De Afdeling beschouwt het Vuurwerkbesluit niet als een uitputtend beoogde regeling en de raad van Hilversum mocht daarom het Vuurwerkbesluit aanvullen met de betreffende apv-bepaling.

Een voorbeeld van een redenering aan de hand van de parlementaire geschiedenis is de (tussen)uitspraak van het Hof Amsterdam over het *Taxironselverbod Schiphol*.<sup>26</sup> Het ging om het verbod om rond Schiphol taxidiensten aan te bieden, met uitzondering van taxidiensten die vanuit de taxi worden aangeboden, om een einde te maken aan de overlast van taxironselaars rond de luchthaven. Sinds 2011 is expliciet in de Wp 2000 opgenomen dat bij gemeentelijke verordening nadere regels kunnen worden gesteld ter bevordering van de kwaliteit van het taxivervoer.<sup>27</sup> De gedetailleerde lijst in de Wp 2000 maakt duidelijk over welke onderwerpen de raad regels mag stellen. De wijze waarop het taxivervoer wordt aangeboden staat niet op de lijst. De wet bepaalt niet expliciet of de raad buiten deze lijst regels over taxivervoer mag aanvullen, maar het Hof vindt het antwoord in de artikelsgewijze toelichting: 'De artikelen 82 tot en met 82b stellen binnen dit speelveld de gemeentelijke bevoegdheden buiten twijfel. Voor het overige wordt met dit wetsvoorstel niet beoogd om veranderingen in de bestaande gemeentelijke bevoegdheden aan te brengen.'<sup>28</sup> Het Hof redeneert dat het bij de regeling van het ronselverbod niet gaat om een verordening op grond van deze wet, maar om een aanvullende autonome verordening.<sup>29</sup>

Als de hogere regelgever geen uitputtende regeling heeft beoogd, dan mag de raad aanvullende regels stellen over hetzelfde onderwerp. Alsnog mag de verordening dan niet in strijd komen met de hogere regeling en die regeling doorkruisen - een verbod en een gebod kunnen bijvoorbeeld niet tegelijkertijd gelden. De jurisprudentie over het *Blowverbod* leert dat in het geval van gelijkkluidende bepalingen eveneens sprake is van strijd. Hier ging het om de aanwijzing van gebieden waarbinnen het verboden was om softdrugs te gebruiken of openlijk voorhanden te hebben.<sup>30</sup> De Opiumwet verbood ook al de aanwezigheid en dus gebruik van deze middelen.<sup>31</sup> De apv dupliceerde de Opiumwet en kwam daarmee in strijd.<sup>32</sup>

---

26 Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3634, *Gst.* 2019/22 m.nt. Munneke (*Taxironselverbod Schiphol*).

27 In art. 82, 82a en 82b. Wet van 26 mei 2011 tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000, houdende regels ter bevordering van de kwaliteit in het taxivervoer, *Stb.* 2011, 289.

28 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 424, nr. 3, p. 27.

29 Regels over de kwaliteit van het taxivervoer zijn gesteld in medebewind en behartigen het doel van de Wp 2000.

30 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, *AB* 2011/250 (*Blowverbod Amsterdam*).

31 Dit volgde eerder uit HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4923, verw. *Kamerstukken II* 1974/75, 13 407, nr. 3, p. 14, 19 en 20.

32 De Afdeling liet in het midden of sprake was van hetzelfde motief. Uit HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3031 volgt dat een verbod van openbaar drugsgebruik dat ertoe strekt gevoelens van onveiligheid bij het publiek te voorkomen het motief heeft de openbare orde te handhaven en daarom niet strijdig is, tenzij de Opiumwet wordt gedupliceerd.

*Slotsom: verhouding tot hogere regelingen*

De ruimte die gemeenteraden hebben om te komen tot gebiedsgerichte regulering in hun verordeningen hangt dus af van de tekst van hogere regelingen die al gelden op dat onderwerp, de aard van de regels, de structuur van de regeling en de wetsgeschiedenis. De hogere regelgever kan hier in de eerste plaats duidelijkheid over bieden en anders is het aan de rechter. Vanwege de grote verscheidenheid van de onderwerpen enerzijds en de formulering, toelichting en achtergronden van gemeentelijke en hogere regelgeving anderzijds lijkt de jurisprudentie casuïstisch en van weinig voorspellende waarde. Toch heeft de rechter in de recente zaken wel degelijk geredeneerd langs de bekende lijnen van het leerstuk; de manier waarop de rechter het recht zal toepassen is bekend.<sup>33</sup> Jonge maatschappelijke problemen - bierfietsen, taxironselaars, vuurwerkoverlast - krijgen zo hun plaats in het aloude leerstuk van de bovengrens van de gemeentelijke verordenende bevoegdheid.

### **3 Zonering via ruimtelijke ordening en omgevingsrecht**

Zonering gebeurt ook via de ruimtelijke ordening en het omgevingsrecht, het domein van Jan. Het onderverdelen van de gemeente in verschillende gebieden en de toewijzing van functies heeft grote invloed op wat waar gebeurt en waar men kan wonen, werken, winkelen en ga zo maar door. Op dit moment is het bestemmingsplan bij uitstrek het instrument voor de gemeenteraad om per gebied, binnen ruimtelijke begrenzingen, te regelen op welke wijze gebruik gemaakt mag worden van de grond en de bouwwerken die daarop staan. Met de komst van de Omgevingswet krijgen gemeenten een nog grotere bestuurlijke afwegingsruimte voor het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving.<sup>34</sup> Het bestemmingsplan gaat dan over in het omgevingsplan. Hierna bespreek ik hoe het ruimtelijke-ordeningsrecht en omgevingsrecht benut kunnen worden om ook gedragingen van mensen gebiedsgericht te reguleren.

#### **3.1 Het bestemmingsplan en het omgevingsplan**

De gemeenteraad is nu op grond van artikel 3.1 Wet ruimtelijke ordening (Wro) verplicht om voor het gehele grondgebied van de gemeente één of meer bestemmingsplannen vast te stellen, waarbij de bestemming van de grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven over het gebruik van de grond en de bouwwerken op die grond. Verschillende gemeenten gebruiken de ogenschijnlijke technische bestemmingsplannen met enige lenigheid en sturen zo menselijk gedrag om onwenselijke gedragingen uit te bannen. Dit laat zich illustreren met de regulering van het toeristisch winkelaanbod in het centrum van Amsterdam, met als doel de vestiging van etablissementen die bekend staan als 'Nutella-shops' te kunnen beperken. In 2015 ontstond ophef in de gemeenteraad over de wildgroei aan ijs- en wafelwinkels in de binnenstad. Een buurtbewoner verzucht in de media dat dat hij het gevoel heeft in een

33 J. Struiksma, *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap*, Zaandam: Struiksma 2012, p. 52-53.

34 B. Schueler, 'Kroniek van het omgevingsrecht', *NJB* 2018/1875.

oliebollenkraam te wonen.<sup>35</sup> De borging van de diversiteit van het winkelaanbod is één van de manieren waarmee de gemeente Amsterdam de uitwassen van het toerisme tegengaat en de leefbaarheid in de binnenstad bevordert.<sup>36</sup> De gemeenteraad heeft in het bestemmingsplan de generieke functietoewijzing van de branche ‘horeca’ verder gespecificeerd in categorieën als fastfood, restaurants en hotelhoreca om vervolgens bepaalde categorieën te kunnen uitsluiten, beperken of juist stimuleren in aangewezen gebieden. Op grond van de Wro is dit soort specifieke functietoedeling en branchering toegestaan, mits dit in het belang van een goede leefomgeving en een duurzame ruimtelijke ontwikkeling is.<sup>37</sup> Deze systematiek om toeristenwinkels te weren heeft stand gehouden bij de rechter.<sup>38</sup> Het leidt tot mooie uitspraken waarin de rechter zich bijvoorbeeld buigt over de vraag of New York Pizza een fastfoodrestaurant is of een gewoon restaurant.<sup>39</sup>

Bestemmingsplannen strekken tot een goede ruimtelijke ordening, waarbij de verdeling en de ruimte en toewijzing van bestemmingen van grond centraal staat en het noodzakelijk is ruimtelijk relevante regels te stellen.<sup>40</sup> In het nieuwe stelsel van de Omgevingswet zal het bestemmingsplan opgaan in het omgevingsplan.<sup>41</sup> Het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving is een doelstelling van het nieuwe stelsel en volgens de memorie van toelichting van de Omgevingswet gaat het hierbij om het verdelen van de fysieke ruimte tussen maatschappelijke functies als wonen, werken, leren, spelen, zorgen, verplaatsen en recreëren.<sup>42</sup> Het benutten van de leefomgeving vindt plaats in onderlinge samenhang met een andere doelstelling: het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving. Het omgevingsplan is binnen het stelsel op gemeentelijk niveau het aangewezen instrument om regels te stellen over de fysieke leefomgeving. In het omgevingsplan kunnen naast functietoedeling (voorheen ‘goede ruimtelijke ordening’) ook regels worden gesteld over activiteiten die gevolgen (kunnen) hebben voor de fysieke leefomgeving.<sup>43</sup> Dit is met name relevant in de context van gebiedsgerichte gedragsregulering die ertoe strekt overlast voor anderen te bestrijden.

De reikwijdte van het omgevingsplan is bepalend voor de mogelijkheden die de raad heeft om via dit instrument te komen tot gebiedsgerichte regulering van gedrag ten einde overlast in de openbare ruimte te voorkomen. Het voert te ver voor deze bijdrage om alle finesses van het omgevingsplan te bespreken, ik licht er twee elementen uit die

---

35 ‘Amsterdam zucht onder de Nutella’, *NRCQ* 4 oktober 2015.

36 Rapportage ‘Sturen op een divers winkelgebied. Bevindingen bestuursopdracht Diversiteit winkel- en voorzieningenaanbod’, Gemeente Amsterdam (28 februari 2017).

37 Art. 3.1.2 lid 2 Besluit ruimtelijke ordening, zie *Kamerstukken II* 2002/2003, 289 16, nr. 3, p. 21-22. Omdat de gemeente met deze vorm van branchering ingrijpt in de vestiging van ondernemers is de Dienstenrichtlijn relevant, ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062 (*Appingedam*). Zie ook: E. Steyger, J. Struiksmā & M.R. Botman, *Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn* (i.o. Ministerie van Infrastructuur en Milieu), Amsterdam: VU 2015.

38 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173 (*Cheese Company*); Rb. Amsterdam 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6258 (*Maria*) en ECLI:NL:RBAMS:2018:6261 (*Koel*).

39 Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5556 (*New York Pizza*).

40 C.W.M. van Alphen, *Module Ruimtelijke ordening*, artikel 3.1 Wro, aant. 1.1.

41 Art. 2.4 Omgevingswet, *Stb.* 2016, 156.

42 Art. 1.3 sub b Omgevingswet. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, 3, p. 63.

43 Art. 4.1 lid 1 Omgevingswet.



ik in de volgende paragrafen bespreek. Ten eerste bepaalt artikel 2.4 Omgevingswet dat in het omgevingsplan regels worden opgenomen over de 'fysieke leefomgeving', dus de invulling van dit centrale begrip is ook bepalend voor de vraag wat de raad wel en niet in het omgevingsplan kan opnemen. Het tweede element is de verhouding tot specifieke hogere wet- en regelgeving.

### 3.2 Fysieke leefomgeving

Het begrip fysieke leefomgeving is zeer breed: hieronder vallen naast bouwwerken en infrastructuur ook alomvattende categorieën als water, bodem en lucht.<sup>44</sup> Activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving vallen onder het bereik van de Omgevingswet. Het gaat volgens de memorie van toelichting om activiteiten die leiden tot emissies naar water, bodem of lucht of tot hinder van bijvoorbeeld geluid en licht, en activiteiten met directe veiligheidsrisico's als brand, explosies, verzakkingen en structurele schade aan bouwwerken.<sup>45</sup> De toelichting noemt ook gevolgen voor de mens, die vallen binnen de reikwijdte als de fysieke leefomgeving het medium is waarlangs activiteiten van de één gevolgen hebben voor de ander. Met deze ruime reikwijdte lijkt de Omgevingswet op het eerste gezicht over het gehele openbare leven te gaan, daar waar mensen elkaar in de open lucht tegenkomen en activiteiten ontplooiën die effect hebben op veiligheid en gezondheid van anderen. Gedragingen binnenshuis lijken wel uitgesloten, in die zin is er een gelijkenis met de benedengrens van de autonome gemeentelijke verordening die ik eerder besprak. De memorie van toelichting vermeldt bij de afbakening nog wel dat onderwerpen als veilig verkeersgedrag en openbare orde niet tot de reikwijdte van het wetsvoorstel worden gerekend.

Door de brede invulling van 'fysieke leefomgeving' heeft het op de Omgevingswet gebaseerde omgevingsplan een bredere strekking dan enkel de functietoedeling en regeling ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening die nu in de bestemmingsplannen is opgenomen. Gemeenten kunnen in het omgevingsplan regels stellen over activiteiten die effect (kunnen) hebben op de fysieke leefomgeving, ook als zij die leefomgeving zelf niet direct wijzigen.<sup>46</sup> Jan Struiksma signaleerde in 2017 dat vanwege deze ruime reikwijdte allerlei regels over de leefomgeving - functies en activiteiten - overgeheveld moeten worden uit autonome gemeentelijke verordeningen naar het omgevingsplan en zo het omgevingsrecht binnengehaald worden.<sup>47</sup> Hiervoor zagen we dat leefbaarheid, veiligheid en gezondheid als motieven worden gebruikt voor de beperkingen van de toeristenwinkels in het bestemmingsplan, maar ook voor het instellen van bierfietsverboden, vuurwerkverboden en blowverboden: onderwerpen die nu geregeld worden in autonome verordeningen. Jan voorspelde dat het in de praktijk lastig zal zijn voor gemeenten om te vast te stellen welke bepalingen uit de apv over moeten en kunnen naar het omgevingsplan. Hij wijst vooral op de bepalingen die niet primair zijn ingegeven vanuit de zorg voor de leefomgeving, maar daar wel gevolgen voor (kunnen) hebben.

44 Art. 1.2 lid 2 Omgevingswet.

45 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, 3, p. 62.

46 Art. 4.1 lid 1 Omgevingswet.

47 J. Struiksma, 'Verordeningsbepalingen in het omgevingsplan', *TBR* 2017/21.



Op grond van artikel 2.7 Omgevingswet - zoals zal luiden als de Invoeringswet wordt aangenomen<sup>48</sup> - bepaalt dat bij amvb gevallen kan worden aangewezen welke regels over de fysieke leefomgeving *alleen* in het omgevingsplan mogen worden opgenomen en welke regels daarin juist *niet mogen* worden opgenomen. Artikel 2.1 Omgevingsbesluit gaat uit van drie categorieën:<sup>49</sup>

(1) Als de gemeenteraad ervoor kiest regels te stellen over activiteiten die onderdelen van de leefomgeving *wijzigen*, dan *moeten* die regels in het omgevingsplan worden opgenomen. Genoemde voorbeelden zijn het kappen van bomen en het aanleggen van een weg.

(2) De regels over andere activiteiten die *gevolgen* kunnen hebben op de fysieke leefomgeving, maar deze niet wijzigen, *mag* de raad opnemen in het omgevingsplan. De raad kan er ook voor kiezen deze in de autonome gemeentelijke verordening te behouden. Genoemd worden regels over het gebruik van de fysieke leefomgeving en activiteiten die leiden tot emissies, hinder of risico's.

(3) De regels over de *handhaving van de openbare orde en veiligheid* zijn ten slotte expliciet uitgezonderd van het omgevingsplan en die *mogen niet* worden opgenomen.<sup>50</sup> De toelichting verduidelijkt dat het gaat om regels over gedrag van personen dat een effect heeft op de openbare orde. Genoemde voorbeelden zijn de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden en gebieden waarin cameratoezicht wordt toegepast. Dit zijn regels die de burgemeester uitvoert en ook niet kunnen worden opgenomen in het omgevingsplan aangezien het college het aangewezen gezag is belast met de uitvoering van het plan. In de concept-toelichting bij het Invoeringsbesluit wordt ingegaan op de samenloop van functies, waar Struiksma al op wees, namelijk regels over gedragingen strekken tot de handhaving van de openbare orde die tevens gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving. De bedoeling is dan dat het tweede lid voorgaat: die regels mogen niet in het omgevingsplan.

In de context van gebiedsgerichte gedragsregulering zal het naar mijn inschatting gaan om regels over gedragingen die de fysieke leefomgeving niet wijzigen, dus die in elk geval niet verplicht in het omgevingsplan hoeven. Of zij wel in het omgevingsplan mogen of juist niet, dat zal afhangen van de motivering van de regels. Na de inwerkingtreding van het Omgevingsstelsel moeten gemeenten zelf aan de slag met de bovenstaande driedeling. Dat is een lastige klus alleen al omdat de afbakening van wat al dan niet tot de handhaving van de openbare orde behoort lastig is. Dat is echter geen mankement in het stelsel van de Omgevingswet, maar inherent aan het vage karakter van het openbare ordebegrip. Recent noemde de Afdeling advisering van de Raad van State de handhaving van de openbare orde een open en ruim terrein dat een op de lokale omstandigheden toegespitste beoordeling vergt.<sup>51</sup> Een scherpe afbakening tussen het omgevingsplan en de autonome verordening is daarom niet te maken. Voor de consistentie meen ik wel

---

48 Op moment van schrijven aanhangig in de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 2018/19, 34 986, nr. A.

49 Zoals opnieuw wordt vastgesteld met het Invoeringsbesluit Wijzigingen Omgevingsbesluit, volgens het concept dat in consultatie is gegeven, versie d.d. 29 oktober 2018.

50 Art. 2.1 lid 2 Omgevingsbesluit (nieuw). Ook regels over gemeentelijke belastingen mogen niet in het omgevingsplan.

51 Vgl. Advies RvS bij wijziging van de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Kamerstukken II* 2018/19, 4, p. 4.

dat het wenselijk is dat gemeenten bij de derde categorie in artikel 2.1 Omgevingsbesluit aansluiten bij de taakstelling en de afbakening van de exclusieve competentie van de burgemeester ten opzichte van het college die bedoeld is in artikel 172 lid 1 Gemeentewet, zodat er geen licht komt tussen verschillende openbare ordebegrippen ten aanzien van gemeentelijke bevoegdheden. Geeft dit meer duidelijkheid voor gemeenten? Vermoedelijk niet: deze competentieverdeling is een langlopende discussie in wetenschap en rechtspraak.<sup>52</sup> Hierin kan het nieuwe stelsel Omgevingswet geen verandering brengen en dat zou ook de reikwijdte van het nieuwe stelsel overstijgen.

### 3.3 Verhouding tot hogere specifieke wetgeving

Ten slotte is het de vraag hoe het omgevingsplan zich verhoudt tot hogere regelgeving. Artikel 1.4 Omgevingswet bepaalt dat de wet niet van toepassing is op onderwerpen met betrekking tot de fysieke leefomgeving die bij of krachtens een andere wet uitputtend geregeld zijn. Over deze onderwerpen kan de raad dus ook niet in het omgevingsplan aanvullende regels stellen. De Omgevingswet is te beschouwen als een algemene wet die terugtreedt als een specifieke wet als *lex specialis* reeds een uitputtende regeling bevat.<sup>53</sup> Volgens de regering wordt de al dan niet uitputtende bedoeling van de wetgever meestal afgeleid uit de memorie van toelichting en soms is deze gedetailleerd in de wet uitgeschreven.<sup>54</sup> Dit is vergelijkbaar met hoe in de rechtspraak invulling is gegeven aan artikel 121 Gemeentewet en die werkwijze heb ik besproken in paragraaf 2.3. ‘Onderwerpen’ en ‘uitputtend’ zijn begrippen die bekend in de oren klinken. Ik meen dat het wenselijk is om bij de beoordeling van de bovengrens van omgevingsplannen en toepassing van artikel 1.4 Omgevingswet aan te sluiten bij de in de jurisprudentie ontwikkelde invulling van deze begrippen, om te voorkomen dat binnen de gemeente twee verschillende bovengrenzen zouden gelden bij het vaststellen van algemene regels, of dat nu in omgevingsplannen of autonome verordeningen is.

## 4 Afsluiting

Het televisieprogramma ‘Nederland van boven’ laat de behoefte aan maakbaarheid en regeldrift zien en die zie ik ook terug bij de zonering en gebiedsgerichte gedragsregulering door gemeenten die ik in deze bijdrage heb beschreven. Gemeenten maken zowel gebruik van het omgevingsrecht als de autonome gemeentelijke verordening om gebiedsgericht overlastgevend effecten van mensen in de openbare ruimte weg te nemen. De voorbeelden zijn aansprekend: bierfietsverboden, blowverboden, vuurwerk-vrije zones, taxironselverboden, verbod van Nutella-shops, bedenk het maar. En waar gedrag aan beperkingen wordt onderworpen, ontstaan geschillen. Aan de hand van jurisprudentie heb ik geschetst hoe wordt beoordeeld welke ruimte de gemeente heeft om onderwerpen aan zich te trekken en te regelen, ook als hierover een hogere regelgever al regels heeft gesteld.

52 Zie uitgebreid M.A.D.W. de Jong e.a., *Orde in de openbare orde* (WODC), Deventer: Kluwer 2016, p. 281-289.

53 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, 3, p. 64-65.

54 Bv. art. 22.1 Wet milieubeheer en art. 6.12 Waterwet.

Jan Struiksma heeft voorspeld dat met de Omgevingswet allerlei regels over de fysieke leefomgeving uit autonome gemeentelijke verordeningen het omgevingsrecht binnengehaald worden. Gezien de ruime reikwijdte van de fysieke leefomgeving en het open karakter van het openbare ordebegrip is een scherpe afbakening tussen het omgevingsplan en de autonome verordening moeilijk te maken, gemeenten moeten hiermee straks zelf aan de slag. De rechter heeft voor de beoordeling of een hogere regeling ruimte laat voor autonome gemeentelijke gebiedsgerichte regulering een bestendige lijn ontwikkeld, ter beoordeling van het onderwerp en uitputtendheid van hogere regelingen. Ik meen dat dit beoordelingskader eveneens bruikbaar is voor de invulling van de bovengrens van omgevingsplannen. Het is mijns inziens van belang dat het gemeenterecht en het omgevingsrecht, beiden rechtsgebieden met een algemeen karakter, niet onnodig uit elkaar gaan lopen.

# De bestuursrechter en de afwegingsruimte in het nieuwe omgevingsrecht

*Prof. mr. B.J. (Ben) Schueler*

## 1 Inleiding

Met de nieuwe Omgevingswet zal het omgevingsrecht ingrijpend veranderen. Volgens de bedoelingen van de regering zal dat in 2021 gebeuren. Er is tegen die tijd al meer dan een vol decennium gediscussieerd over de vraag hoe het bestuur zich in het nieuwe omgevingsrecht gaat gedragen en hoe de rol van initiatiefnemers, zoals bouwers, bedrijven en ontwikkelaars, en van bewoners en belangenorganisaties gaat veranderen. In de woelige gedachtewisselingen daarover heeft Jan Struiksma zich duidelijk gemanifesteerd en wel kritisch, soms sceptisch en vaak met een relativerende kwinkslag of schaterlach. Hij confronteerde bij die gelegenheden het publiek regelmatig met de al dan niet expliciet uitgesproken vraag of het land er wel beter van wordt als het nieuwe stelsel het oude vervangt. Inmiddels lijken we het punt voorbij waarop er nog een weg terug was. De nieuwe Omgevingswet zal er inderdaad komen.

Mensen in de praktijk - en niet alleen juristen - bij de gemeenten, de provincies, de waterschappen, in het bedrijfsleven en de advocatuur hebben al heel veel belangstelling getoond voor de stelselherziening. In tientallen projecten wordt al op basis van de Crisis- en herstelwet geëxperimenteerd met nieuwe mogelijkheden die er gaan komen. Die Crisis- en herstelwet maakt afwijkingen van het geldende omgevingsrecht mogelijk. Deze wet is in 2010 geboren als een instrument om de economische crisis te bestrijden maar uitgroeide tot een oefenweide voor het nieuwe omgevingsrecht.<sup>1</sup>

De nieuwe wet bedoelt Nederland te bevrijden van een door velen ervaren starheid van het nu nog geldende omgevingsrecht. De bestuurlijke afwegingsruimte wordt vergroot doordat een actieve en flexibele aanpak mogelijk wordt gemaakt. De afweging gaat, heel kort gezegd, over een goede balans tussen benutten en beschermen van de fysieke leefomgeving en moet in beginsel worden gemaakt op decentraal niveau, met name bij gemeenten en ook bij waterschappen en provincies. De gedachte is dat een stelsel met meer afwegingsruimte niet alleen de decentrale overheden zal faciliteren, maar ook in het voordeel zal werken van initiatiefnemers, omdat zij minder snel zullen aanlopen tegen normen die de mogelijkheden beperken. Uiteraard is dat alleen een redelijke verwachting voor zover (met name) gemeenten bereid zijn om hun keuzes te maken in het

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld *Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet. Voortgangsrapportage 2016-2017*, Den Haag: Ministerie van BZK 2018.

voordeel van die initiatiefnemers. Een gemeentelijke keuze zal ook in het nadeel van een initiatiefnemer kunnen uitpakken en dan zal deze misschien terugverlangen naar de tijd waarin er nog harde regels golden die allerlei dingen gewoon toelieten. Elk voordeel heeft zijn keerzijde en hoe somber die is hangt vooral af van de positieve kracht waarmee het voordeel wordt benut. Wat de grotere afwegingsruimte betekent voor derde-belanghebbenden, zoals omwonenden en belangenorganisaties, laat zich om eenzelfde reden moeilijk voorspellen. Als het bestuur aan hun belangen veel gewicht toekent, zullen de keuzes in hun voordeel uitpakken en omgekeerd.

Vooruitblikkend op wat komen gaat kan men verwachten dat bestuursorganen en burgers, onder wie bedrijven, hun rol in het omgevingsrechtelijke spel zullen moeten aanpassen om de nieuwe mogelijkheden goed te kunnen gebruiken. Vrijheid is leuk, maar je moet er zelf iets van maken.

Niet alleen het bestuur en de burger, ook de bestuursrechter komt voor de vraag te staan of het nieuwe stelsel zijn rol gaat veranderen. Daar gaat deze bijdrage over. Het is een verkenning van de verandering in de rechterlijke toetsing die mogelijk het gevolg zal zijn van de wettelijke stelselherziening. Deze verandering kan niet in haar volle omvang in één korte bijdrage worden gevangen. Ik heb er voor gekozen om een van de principiële veranderingen die het nieuwe recht brengt te belichten vanuit het perspectief van de bestuursrechter. Die verandering is de vergrote afwegingsruimte.

Jan Struiksma hecht veel waarde aan een methodologische verantwoording van juridische geschriften en terecht. In dit geschrift heb ik de waarzeggersmethode toegepast. Daarbij vertrouw ik zelf op mijn vermogen om de toekomst te voorspellen, maar anderen kunnen daaraan geen verwachtingen voor toekomstige jurisprudentie ontleenen.

## **2 Afwegingsruimte door flexibiliteit en globaliteit**

Het oude omgevingsrecht wordt als star ervaren. Niet door iedereen, want star is een negatieve term en er zijn ook veel mensen die het juist goed vinden dat allerlei ontwikkelingen in de leefomgeving worden afgeremd door bestuursrechtelijke regels in bestemmingsplannen, verordeningen en wetten. Maar in de discussies tijdens de totstandkoming van de Omgevingswet is wel duidelijk geworden dat er velen zijn die meer flexibiliteit en vrijheid nodig vinden.

Het credo van de afwegingsruimte is een uiting van het streven naar dejuridisering, dat al veel langer bestaat en teruggaat tot de jaren negentig van de vorige eeuw en zelfs verder. Dat neemt niet weg dat de wetgever bij het maken van de Omgevingswet heeft beloofd dat de door het recht aan de mens en zijn omgeving geboden bescherming niet mag afbrokkelen. Het niveau van bescherming van de omgevingskwaliteit moet niet onderdoen voor het huidige niveau. Hiermee is niet bedoeld dat er aan de (rechts)bescherming niets mag veranderen, maar dat het 'net zo goed' moet zijn als in het huidige recht.<sup>2</sup> We komen maar weinig voorbeelden tegen van onderwerpen waarvan is bepaald dat de overheid zich er in het nieuwe omgevingsrecht niet mee mag bemoeien. Dat had wel gekund. We kennen nu allerlei regels over bijvoorbeeld het tegengaan van ka-

---

2 *Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr.4 Nader rapport, par. 4.*

merbewoning, reclameborden, parkeerdruk of over het beschermen van gemeentelijke monumenten, landschapsskenmerken of de ensemblewaarde van boerenerven, voor de totstandkoming waarvan heel valide redenen zijn te geven maar die best gemist kunnen worden zonder dat het land naar de knoppen gaat. De Omgevingswet stelt wat dat betreft niet veel grenzen aan de regelzucht maar laat wel veel aan decentrale overheden over. Die mogen zelf beslissen in hoeverre zij zich regelgevend blijven ontfemen over onderwerpen die dat niet per se nodig hebben. De vrijheid om daarvan af te zien hebben zij voor allerlei onderwerpen nu ook al. Toch zijn er veel van dergelijke regels. Intussen verandert er met de Omgevingswet wel degelijk iets, bijvoorbeeld als het gaat om het milieu-aspect geluid. In de regulering daarvan krijgen gemeenten meer keuzeruimte dan zij onder het oude recht hebben. Binnen zekere marges mogen zij strenger of soepeler zijn in het stellen van regels over geluidhinder.

De grotere vrijheid ontstaat dus niet zozeer doordat er ‘rechtsvrije ruimtes’ worden gecreëerd voor onderwerpen die aan het maatschappelijk spel worden overgelaten. Be-doeld is dat de vrijheid wordt vergroot doordat vaker van regels kan worden afgeweken (flexibiliteit) en doordat regels meer in open normen en algemene termen worden gevat (globaliteit). Voorbeelden van flexibiliteit zijn de mogelijkheid om bij vergunning af te wijken van een omgevingsplan (dat is voor de ruimtelijke ordening op zich niets nieuws), maar er komen ook nieuwe mogelijkheden, zoals ruimer maatwerk, het toela-ten van gelijkwaardige maatregelen en keuzeruimte voor gemeenten bij de invulling van bepaalde milieunormen. Voorbeelden van globaliteit zijn globale functieaanduidingen in omgevingsplannen, nadere afwegingsmomenten in omgevingsplannen en normering door middel van zorgplichten.

De Afdeling advisering van de Raad van State vroeg in 2018 in haar advies over het voorstel voor de Invoeringswet Omgevingsrecht en de vier omgevingsrechtelijke amvb's de aandacht voor de risico's van flexibiliteit. 'Hier is reden tot zorg. De Afdeling constateert dat binnen het nieuwe stelsel maar in beperkte mate sprake is van materiële voorschriften waarvan geen afwijking mogelijk is.'<sup>3</sup> Houvast kan worden ontleend aan regels met een voorspelbare uitkomst. Maar het is veel te simpel om te zeggen dat het alleen al daarom beter is om afwegingsruimte zoveel mogelijk te beperken. Dat wordt dan ook maar zelden bepleit. Een geringe afwegingsruimte kan in de weg staan aan ontwikkelingen die om goede redenen wel wenselijk worden geacht. De balans kan volgens de Omgevingswet het beste op decentraal niveau worden gemaakt.<sup>4</sup> Daar kent men de specifieke omstandigheden van het geval en kan men oplossingen vinden. Op centraal niveau moet veel meer worden gegeneraliseerd en daar los je geen sterk uiteenlopende problemen mee op.

De algemene indruk is dat de Omgevingswet vooral keuzeruimte creëert voor het bestuur. Dat gaat gepaard met minder zekerheid voor burgers, die afhankelijker worden van bestuurlijke keuzes. Maar ook voor bestuursorganen zelf, die hun beslissingen minder kunnen baseren op gestelde regels en dus meer kunnen worden aangesproken

3 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr.4 (paragraaf B.4).

4 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr.4 Nader rapport, par. 4.; H.A. Oldenziel, H.W. de Vos, *Systeem en kernelementen van de Omgevingswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (hoofdstukken 2 en 6); B.M. Oortwijn, 'De bestuurlijke afwegingsruimte voor het omgevingsplan in de praktijk', *Me&R* 2018/66.

op hun verantwoordelijkheid. En voor hun ambtenaren, die globalere regels moeten interpreteren en het gebruik van afwijkmogelijkheden moeten motiveren. Het is belangrijk om te benadrukken dat ook een weigering om af te wijken moet worden gemotiveerd. Vrijheid is de mooie kant van onzekerheid. En onzekerheid is een bron van geschillen.

### **3 De rol van beginselen van behoorlijk bestuur**

Afwegingsruimte is op zich niets nieuws want bestuursorganen hebben in het omgevingsrecht en ook daarbuiten heel vaak beleids- en beoordelingsvrijheid. Bestuursrechtjuristen zijn daar niet bang voor want zij hebben al sinds medio twintigste eeuw de beschikking over beginselen van behoorlijk bestuur. Die zijn juist ontwikkeld om de rechter in staat te stellen tegenwicht te bieden aan de machtsuitoefening die aan bestuurlijke vrijheid inherent is. Ook bij de toetsing van gebonden besluiten, bij het nemen waarvan bestuursorganen geen keuzeruimte hebben, komt aan beginselen van behoorlijk bestuur wel enige betekenis toe. Dan gaat het vooral om zorgvuldig feitenonderzoek (artikel 3:2 Awb) en het geven van een draagkrachtige motivering (artikel 3:46 Awb), waarbij dat laatste doorgaans niet verder gaat dan de vraag of de feiten de wetstoepassing kunnen dragen. Maar als de rechter besluiten toetst waar bestuurlijke keuzes aan ten grondslag liggen, omdat de wet beleids- of beoordelingsvrijheid creëert, worden beginselen van behoorlijk bestuur veel belangrijker. Dan komen de eisen van een evenredige en volledige belangenafweging (artikel 3:4 Awb), het gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel erbij. Daarmee worden ook verdergaande eisen gesteld aan motivering en zorgvuldige voorbereiding dan in gevallen waarin de wet een resultaat dicteert. Kortom: hoe meer vrijheid de wet aan het bestuur laat, des te meer toetst de rechter aan beginselen van behoorlijk bestuur.

Daar komt dan nog bij dat de zojuist genoemde beginselen de meest basale zijn. Zij kennen hun eigentijdse normatieve nakomelingen zoals het beginsel van gelijke kansen, dat een rol speelt bij de verdeling van schaarse rechten. En er is het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten dat grenzen stelt aan het afwentelen van nadelige gevolgen. Deze voortplanting van bestuursrechtelijke beginselen is een voortgaande ontwikkeling, die zich als vanzelf voltrekt doordat rechters besluiten toetsen aan algemene beginselen.

Een goed voorbeeld van hoe dat werkt biedt het voorzorgsbeginsel, dat betrekking heeft op de omgang met onzekere risico's. Dit wordt (vooralsnog) niet gebruikt als een op zichzelf staand beginsel van behoorlijk bestuur, maar het normeert de belangenafweging en de motivering die op grond van wel erkende beginselen aan een besluit ten grondslag moeten liggen. Want als een bestuursorgaan in onzekerheid moet beslissen over het nemen van een risico, moet het uiteraard ingaan op de mogelijke consequenties en een verantwoording geven van hoe het de daarmee gemoeide belangen heeft afgewogen. In de jurisprudentie van de bestuursrechter over de gaswinning in Groningen kan men zien hoe de ontwikkeling zich voltrekt.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 en ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156.

De toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur brengt ook mee dat er allerlei, vaak fijnmazige regels ontstaan voor bepaalde soorten besluiten. Toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel door de bestuursrechter en voorheen door de Kroon heeft tot gevolg gehad dat er allerlei eisen zijn ontwikkeld waaraan bestemmingsplannen moeten voldoen teneinde aan burgers voldoende houvast te bieden. Het fijnmazige netwerk van normen waaraan een gemeente zich moet houden bij het maken van een bestemmingsplan is slechts ten dele in wettelijke regels gevat. Het is tot op zekere hoogte een uitvloeisel van het stelsel van de wet, bijvoorbeeld van het limitatief-imperatieve stelsel dat de huidige wetgeving kent voor het vergunnen van bouwwerken. Maar de eisen die uit een oogpunt van rechtszekerheid aan bestemmingsplannen worden gesteld zijn voor een groot deel gevormd in de jurisprudentie.

## **4 Globale regels en rechtsvorming door de rechter**

Soms biedt de wet een kapstok voor inhoudelijke rechtsvorming, zoals in artikel 3.1.6 van het Besluit ruimtelijke ordening, waarin in algemene termen is aangegeven wat er in een plantoelichting moet staan. Daar staat bijvoorbeeld bij: ‘de inzichten over de uitvoerbaarheid van het plan’. En men vindt er ook de ladder duurzame verstedelijking: ‘de toelichting bij een bestemmingsplan dat een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk maakt, bevat een beschrijving van de behoefte aan die ontwikkeling, en, indien het bestemmingsplan die ontwikkeling mogelijk maakt buiten het bestaand stedelijk gebied, een motivering waarom niet binnen het bestaand stedelijk gebied in die behoefte kan worden voorzien’. Over globale normen gesproken. De huidige wet is in de ruimtelijke ordening eigenlijk al heel globaal. Wordt het beeld dat burgers hebben van een dichtgeregelde, gejuridiseerde ruimtelijke ordening niet veeleer gevormd door de inhoud die gemeenten aan hun bestemmingsplannen geven in plaats van aan de inhoud van de wet? Daar zit wel wat in, maar daar moet meteen de constatering aan verbonden worden dat gemeenten bij het maken van bestemmingsplannen moeten voldoen aan de in de jurisprudentie gestelde eisen.

En hoe zit het met het beeld dat bestuursorganen hebben van een rechter die maar doorgaat met het stellen van eisen en daarmee de gemeentelijke afwegingsruimte steeds verder inperkt? De ervaringen met de hierboven geciteerde ladder duurzame verstedelijking laten het zien. De wettelijke bepaling zelf is een geval van globale normstelling. Er ontstaan geschillen over de toepassing ervan. Daarin geeft de rechter antwoord op de aan hem voorgelegde vragen. Die vormen (of we dat nu willen of niet) een zich stap voor stap ontwikkelend complex van normen, waaraan gemeenten zich moeten houden om vernietiging van hun besluiten te voorkomen. Het resultaat wordt vervolgens ervaren als complex en belastend. De rechter probeert tegenwoordig door overzichtsuitspraken in zo’n situatie helderheid te brengen en dat is ook gedaan met de rechtsontwikkeling over de ladder duurzame verstedelijking.<sup>6</sup> Dat weerhoudt allerlei wetgevers er niet van om nog wat extra ladders over het land te leggen, bijvoorbeeld in provinciale verordeningen. Daarin staan dezelfde soorten even globale regels, die weer hun eigen interpretatievragen en geschillen oproepen. Deze ladders zijn welbeschouwd bestuurlijke stappenplannen

---

6 ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1724.



die aan verschillende belangen een voorkeursvolgorde geven. Als rechtsnorm gaan ze een eigen leven leiden in de rechtspraak. Het effect is duidelijk: het begint met een globale wettelijke norm en het eindigt met een complex normatief stelsel.

Als de wetgever zich beperkt tot globale normen heeft dat niet tot gevolg dat het recht als geheel globaal blijft. Toen ik jaren geleden in een rondetafelgesprek met tweedekamerleden over dit onderwerp sprak, zei een van hen: *op die manier lossen we het nooit op; kunnen de rechters niet stoppen met het steeds weer dichtregelen van de ruimte die de wetgever vrij maakt?* Een begrijpelijke vraag, maar rechtsvorming lijkt meer op een natuurlijk proces. Net als onkruid. Als je iets weghaalt komt er iets nieuws voor in de plaats. Zelfs als iemand het wilde plan zou opvatten om er voortaan van uit te gaan dat jurisprudentie geen rechtsbron is, levert dat niets op want bestuursorganen en burgers zullen uit voorafgaande uitspraken afleiden wat zij moeten doen en laten om een rechterlijke toetsing te doorstaan.

Globale normen bepalen niet de precieze uitkomst van hun toepassing. Ze wijzen meestal in een min of meer bepaalde richting. Dat kan behoorlijk wat houvast geven, bijvoorbeeld als een activiteit 'de verkeersveiligheid niet in gevaar mag brengen'. Maar ook de richting van de norm kan nog behoorlijk diffuus zijn: een activiteit moet 'passen in de stedenbouwkundige structuur van de wijk.'

In de ruimtelijke ordening komt men nog een bijzondere vorm van globaliteit tegen waarbij de regel, doorgaans een planregel, diverse opties voor bouwen en gebruik openhoudt. Een voorbeeld zijn planregels die verschillende soorten woningen of bedrijven (van verschillende milieucategorieën) mogelijk maken. In het oude omgevingsrecht zijn dergelijke globale planregels tot op zekere hoogte wel mogelijk, maar een te vage globaliteit is niet toegestaan. Er wordt wel met dergelijke globale plannen geëxperimenteerd, met name onder de invloed van de Crisis- en herstelwet die bepaalde versoepelingen van het geldende recht mogelijk maakt. In het algemeen kan men zeggen dat een bestemmingsplan meer opties open kan houden als er voor de keuze van een concrete optie voor het toegelaten bouwen of gebruik nog een nader besluit nodig is, zoals één van de besluiten waar artikel 3.6 Wro over gaat (flexibiliteitsbepalingen). Als zo'n nader besluitmoment ontbreekt, moet in beginsel rechtstreeks uit de planregels blijken wat er is toegelaten. Onder de Omgevingswet wordt dit strikte stelsel voor een aantal activiteiten losgelaten. Zo zullen gemeenten er zelf voor kunnen kiezen welke bouwwerken zij vergunningsvrij willen maken. Er zullen dus - meer dan in het oude omgevingsrecht - bouwwerken zijn die wel moeten voldoen aan de algemene regels van het omgevingsplan, maar waar je geen vergunning voor nodig hebt. Je kunt dan gaan bouwen en wordt verondersteld zelf te toetsen of je bouwplan aan de regels van het omgevingsplan voldoet. Deze vrijheid zal bestaan voor zover het gaat om regels van het omgevingsplan. Voor de (landelijke) bouwtechnische regels wordt deze gemeentelijke vrijheid niet geschapen. Men noemt dit 'de knip' in de bouwvergunning. Onder de Omgevingswet zullen gemeenteraden dus in het omgevingsplan niet alleen regelen waar wat gebouwd mag worden, maar ook of het nodig is dat er in het kader van een vergunning preventief aan die regels wordt getoetst. Als er geen vergunningplicht geldt, is het naar men aanneemt wel nodig dat er op een andere manier iets is geregeld. Daarover bepaalt de voorgestelde wetstekst niets, maar de memorie van toelichting bevat de volgende passage:

‘Regels in een omgevingsplan kunnen voor bouwwerken concreet, helder, beperkt in aantal en overzichtelijk zijn vastgelegd. Bij zulke regels is een vergunningplicht vermoedelijk niet nodig en heeft het werken met algemene regels de voorkeur. Onder de Omgevingswet is het echter ook mogelijk om in het omgevingsplan te werken met open normen. Dergelijke normen vergen een interpretatie. Daarvoor kunnen ook zogenoemde wetsinterpreterende beleidsregels worden vastgesteld, zoals momenteel het welstandsvereiste in beleidsregels is uitgewerkt in de welstandsnota. In dat geval is een vergunningplicht het meest aangewezen.’<sup>7</sup>

Dat zijn wel verstandige woorden, maar ze staan niet in de wet. Er zullen vermoedelijk allerlei situaties ontstaan waarin mensen geen vergunning nodig hebben, maar ook niet zelf uit de toepasselijke regels van het omgevingsplan met voldoende zekerheid kunnen afleiden of hun bouwplan is toegestaan. Mensen zullen zich dus tot de gemeente gaan wenden met de vraag om te verklaren of een bouwwerk aan de regels voldoet. Bij globale gebruiksregels kunnen overigens soortgelijke vragen rijzen. Een antwoord op zo’n verzoek (een bestuurlijk rechtsoordeel) wordt in de jurisprudentie slechts bij hoge uitzondering aangemerkt als een voor beroep vatbaar besluit. Rechterlijke toetsing lijkt daardoor te worden doorgeschoven naar het moment waarop burgemeester en wethouders handhavend gaan optreden met bestuursdwang of een dwangsom. Weliswaar kan de initiatiefnemer, als hij twijfelt over zijn vergunningplicht, een aanvraag voor een vergunning indienen. Hij kan dan, als hij aan alle regels voldoet, te horen krijgen dat hij geen vergunning nodig heeft. Maar deze initiatiefnemer moet dan wel een aanvraagprocedure doorlopen en leges betalen om vastgesteld te krijgen dat hij niet nodig heeft wat hij aanvraagt. Ik weet niet of mensen snel geneigd zijn dat te doen.

Voor de rechter betekent dit dat hij indringend zal worden geconfronteerd met de wens om beroepen tegen bestuurlijke rechtsoordelen vaker inhoudelijk te gaan behandelen. Welbeschouwd zou dat neerkomen op het doen van declaratoire uitspraken over de uitleg van wettelijke voorschriften. De Awb kent de figuur van de declaratoire uitspraak niet. Maar als de roep om rechtsbescherming in tijden van rechtsonzekerheid luid gaat klinken, zal het voor de rechter moeilijk worden om de mogelijkheden van beroep tegen bestuurlijke rechtsoordelen niet te verruimen. Ik wijs erop dat die behoefte ook buiten het hier gegeven voorbeeld van het bouwplan kan bestaan. Want er zijn meer figuren in de Omgevingswet die de behoefte zullen versterken, zoals de figuur van de zorgplicht die op vrij ruime schaal is ingezet. Zo zou de stelselherziening kunnen leiden tot een verruiming van bestuursrechtelijke criteria voor de toegang tot de rechter.

## **5 Rechterlijke toetsing en de trias**

Een grotere afwegingsruimte voor het bestuur betekent niet dat de rechter die ruimte als een rechtsvrije ruimte zal opvatten. Hij zal meer gaan leunen op de beginselen van behoorlijk bestuur. Wellicht komen ook eerder fundamentele rechten aan de orde, zoals artikel 1 EP EVRM en artikel 8 EVRM.

In de toelichtingen bij de nieuwe wetgeving schemert steeds de gedachte door dat de bestuursrechter marginaal toetst als de wet afwegingsruimte aan het bestuur geeft. Daar

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3 MvT, par. 2.2.1.3.

schuilt een veel beleden misverstand achter dat in stand wordt gehouden door de ingeburgerde term ‘marginale toetsing’. Dat is een misleidende term. De rechter verricht een volwaardige toetsing aan de toepasselijke rechtsnormen. Regels over de inhoud en totstandkoming van besluiten worden gewoon toegepast. De rechter moet wel terughoudend zijn als het gaat om regels waarbij de wetgever beoordelings- of beleidsvrijheid heeft gelaten aan het bestuur. De terughoudendheid komt erop neer dat de rechter die vrijheid niet mag ontnemen of beperken zonder grondslag in het recht. Die vrijheid is nooit absoluut, omdat rechtsbeginselen, grondrechten en de eis van een consistent beleid de uitoefening ervan normeren. De rol van de rechter is meer dan controle op de naleving van de wet. Hij moet ook tegenwicht bieden. Zijn rol binnen de trias wordt mede bepaald door hoe de andere twee machten hun rol vervullen. Als de wetgever de bevoegdheden van het bestuur vergroot, moet de rechter zich afvragen of het machts-evenwicht verlangt dat hij intensiever en kritischer toetst wat het bestuur met zijn bevoegdheden doet.

De terughoudendheid van de rechter bij toetsing van bestuurshandelen kent geen vastgestelde grenzen. Het preadvies dat Hirsch Ballin in 2015 schreef voor de VAR heeft op dit moment grote invloed op de gedachtevorming hierover.<sup>8</sup> Hij bepleit een intensievere toetsing en meer indringende rechtsontwikkeling door de bestuursrechter aan de hand van fundamentele rechten en het proportionaliteitsbeginsel. De bestuursrechter heeft de mogelijkheden van het proportionaliteitsbeginsel nog niet optimaal benut.<sup>9</sup> Hoe meer afwegingsvrijheid het bestuur heeft, des te meer zal het erop aangesproken worden welke keuzes het maakt.

## **6 Procesrechtelijke consequenties**

De vergrote afwegingsruimte heeft ook gevolgen voor de procespositie van partijen. De motivering van omgevingsrechtelijke besluiten wordt belangrijker. In wezen is het simpel: hoe meer er te kiezen valt, des te meer valt er uit te leggen. De keuzes zullen ook vaak met deskundige onderzoeken moeten worden onderbouwd. Tegenover de onderzoeks- en motiveringsplicht van het bestuur staat de ‘bewijslast’ van de burger, welk woord ik tussen aanhalingstekens zet omdat het er in het omgevingsrecht vaak op neer komt dat de burger voldoende twijfel moet zaaien aan het door het bestuur verrichte onderzoek. Naarmate de uitkomst van een zaak meer afhangt van door het bestuur gemaakte keuzes, moeten partijen meer werk maken van hun motiveringen en onderbouwingen. Maar daar moeten ze dan wel de mogelijkheden voor krijgen. Voor het bestuur is dat niet zo’n probleem. Als een besluit wordt vernietigd omdat het niet goed is onderbouwd, krijgt het bestuur een herkansing na de rechterlijke uitspraak. Dat is op zich wel begrijpelijk omdat anders situaties zouden ontstaan waarin het algemeen belang of belangen van derden onherstelbaar worden geschaad doordat het bestuur een voorbereidings- of motiveringsfout heeft gemaakt. Naarmate het meer afwegingsruimte krijgt, krijgt het ook meer mogelijkheden om na een vernietiging een gebrek te herstellen. Als

---

8 E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: *VAR-reeks* 154, Den Haag: BJu 2015.

9 Zie voor hoe het in de jurisprudentie gaat de annotatie van B.W.N. de Waard bij ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, *AB Klassiek* 2016/22.

er bijvoorbeeld veel weigeringsgronden zijn om een door een burger gewenst initiatief tegen te houden, kan zich de situatie voordoen dat het bestuur die weigeringsgronden één voor één afloopt en de initiatiefnemer daar keer op keer tegen op moet komen.

Als we willen bereiken dat de afwegingsruimte, die het nieuwe omgevingsrecht voor ogen staat, niet alleen de macht van het bestuur vergroot maar ook de benuttingsmogelijkheden en de bescherming van de burgers, dan moeten we ook kijken naar de positie van een rechtzoekende in het bestuursproces. Een bestuur met meer keuzeruimte moet meer onderzoeken en motiveren, maar de grotere keuzeruimte heeft ook gevolgen voor de eiser. Die zal vaker een op de concrete omstandigheden van het geval toegespitste onderbouwing van zijn beroepsgronden moeten geven. En hij zal - als hij meer wil bereiken dan kale vernietiging waar hij niet zoveel mee opschiet - meer moeten doen dan twijfel zaaien aan de onderbouwing van het besluit. De opties liggen meer open. Als de eiser een bepaald resultaat voor ogen staat (bijvoorbeeld de initiatiefnemer die een bedrijf wil uitbreiden) zal hij zijn best moeten doen om zijn optie te bepleiten als de beste keuze uit een breed scala aan mogelijkheden. De derde die iets tegen wil houden, zal moeten betogen dat de na een vernietiging resterende opties (en dat kunnen er veel zijn) niet aanvaardbaar zijn. De rechter zal de neiging hebben om - bij gebrek aan rechtsregels die een resultaat aanwijzen - sterk te leunen op wat partijen aanvoeren vóór of tegen de gemaakte keuzes respectievelijk te maken keuzes. Tegenover de verzwaarde motiveringsplicht van het bestuur staat dus een grotere verantwoordelijkheid voor de eisende partij bij het formuleren en onderbouwen van zijn beroepsgrond en óók van de gewenste consequenties van de vernietiging. Misschien is 'verantwoordelijkheid' een voor misverstand vatbaar woord. De eiser is er niet toe verplicht en kan nog steeds volstaan met het zaaien van twijfel aan de onderbouwing van het besluit. Maar als het bestuur grote keuzeruimte heeft, blijft het na vernietiging zwemmen in het ruime bad vol resterende mogelijkheden om de burger opnieuw in het ongelijk te stellen.

Mijn verwachting is daarom dat de wens om de procespositie van de burger te versterken - een wens die al leeft<sup>10</sup> - zal worden versterkt door de grotere vrijheden die het bestuur in het nieuwe omgevingsrecht krijgt.

## 7 Conclusie

Ik hield hier geen pleidooi tegen het creëren van bestuurlijke afwegingsruimte door middel van flexibiliteit of globaliteit. Het gaat mij erom dat de vergroting ervan een verbreding en een intensivering van de toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur meebrengt en bovendien de invloed van rechterlijke rechtsvorming vergroot. Bovendien kan deze ontwikkeling procesrechtelijke consequenties krijgen voor de toegang tot de bestuursrechter en de procespositie van partijen.

---

10 Zie daarover B.J. Schueler, 'Voor en na de uitspraak 1987 - 2015', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels, J.C.A. de Poorter, *Behoorlijk bestuursprocesrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 383-402; Ron Jue, 'Meer finaliseren, minder kaal vernietigen', *NJB* 2015/93, p. 111-112; André Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans. Bejegening, beslechting en bewijs*, Utrecht: dissertatie UU (verschijnt in 2019).



# De dwarse snijdertjes

## of het vergeten verhaal van de muur van Oostmeijer en de schutting van Wente

*Prof. mr. J.A.M.A. (Jacques) Sluysmans*

### 1 Inleiding

Hoewel zij die mij kennen, weten dat ik als inwoner van de Hofstad bij voorkeur de Hoofdstad mijd, durf ik op papier die stap wel aan, en zeker met als doel een bouwrechtelijke '*petite histoire*' te mogen toevoegen aan deze afscheidsbundel - dit vriendenboek - voor een Amsterdamse collega. Ik kies daarbij voor een infrastructureel project vol tegenslagen, zoals we die in ons land zo goed kennen: denk aan de Haagse tramtunnel en de Noord-Zuidlijn, maar ook aan de drama's rond de Utrechtse Uithof-verbinding en de Hoekse Lijn tussen Maassluis en Hoek van Holland.

Het vergeten verhaal dat ik hier wil vertellen, betreft de geschiedenis van de in die dagen roemruchte muur van Oostmeijer en de even zo bekende schutting van Wente. Het verhaal voert ons terug naar het Amsterdam van het einde van de negentiende eeuw, naar de hoogtijdagen van de Amsterdamsche Omnibusmaatschappij, de AOM. Leest u het boek of - liever nog - bekijk de film 'Publieke werken'<sup>1</sup>, en u proeft direct de vereiste sfeer.

### 2 De muur van Oostmeijer

#### *Achtergrond*

De omnibus, een bus getrokken door paarden, was een transportmiddel dat in de 19<sup>e</sup> eeuw op diverse plekken in ons land werd ingezet. De omnibus was een hoog rijtuig van twee verdiepingen; men kon dus in de wagen en achter de ruitjes zitten of via een steil trapje met smalle treden het dak bereiken, waar men in weer en wind zat, maar ongetwijfeld een heerlijk uitzicht had.

In Amsterdam werden sinds circa 1839 maar liefst 18 omnibuslijnen geëxploiteerd. Vanaf 1872 geschiedde die exploitatie (ten dele) door de in dat jaar opgerichte AOM. De AOM verving de omnibussen echter al na enkele jaren door een paardentram, waarvan het succes al in het ons omringende buitenland was bewezen.<sup>2</sup> Een paardentram op rails was voor de reiziger veel comfortabeler dan de over hobbelige straten rijdende om-

---

1 Thomas Rosenboom publiceerde 'Publieke Werken' in 1999, in 2015 regisseerde Joram Lürsen de verfilming van dit boek, met in de hoofdrollen Jacob Derwig en Gijs Scholten van Aschat.

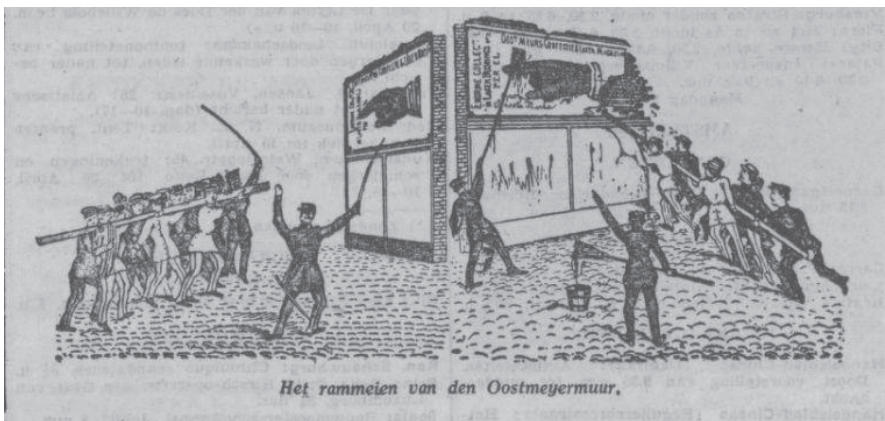
2 Het Nieuws van den dag: kleine courant 6 april 1877.

nibussen. De inzet van de paardentram vergde wel de aanleg van rails, en de versterking van de nodige bruggen.

Op het kruispunt van het Singel met Kalverstraat, Rokin, Amstel, Reguliersbreestraat en Vijzelstraat, ligt een plein dat tegenwoordig Muntplein heet, maar tussen 1877 en 1917 luisterde naar de naam Sophiaplein en daarvoor bekend stond als Schapenplein. Dit plein bevond zich ooit aan de grens van de oude stad. In 1876 verkreeg de AOM de goedkeuring van de gemeenteraad voor de aanleg van een nieuwe lijn die het zuidelijk deel van de stad met de Dam, over het Sophiaplein, zou verbinden.

De voorbereidende werkzaamheden begonnen al gauw na het verkrijgen van die goedkeuring in 1876. Ze hadden nogal wat voeten in de aarde, want een aantal huizen gelegen tussen de Muntsluis en de Kalverstraat moest verdwijnen en de Muntsluis diende te worden verlaagd.

Achtereenvolgens werden de voor de sloop bestemde panden verworven door de AOM en ontruimd in afwachting van het tijdstip waarop de sloophamer zijn werk zou doen. Tot zolang, dat wil zeggen tot het verlagen van de Muntsluis gereed zou zijn, bleven ze ter beschikking van de verkopers. Een aardige geste van de AOM waarvan zij snel spijt zou krijgen. Een van die verkopers namelijk besloot, in de veronderstelling dat de daadwerkelijke sloop van zijn pand nog wel enige tijd op zich zou laten wachten, de meest in het oog lopende gevelvlakken van het pand voor reclamedoelinden te verhuren. Daartoe werd een langlopend huurcontract gesloten met het destijds bekende kledingmagazijn van de heer M. Oostmeijer, aan de Kalverstraat 224.



#### *De strijd om de muur*

Langer dan een jaar bleven de ontruimde huizen wachten op de sloophamer, alhoewel (als we op de kranten van die tijd mogen afgaan) de Amsterdamse straatjeugd intussen wel een handje hielp.

Uiteindelijk gingen de opstallen begin september 1877 tegen de vlakte, inclusief het gebouw waartoe de reclamemuur van Oostmeijer behoorde. Die muur zelf moesten de slopers echter laten staan, want het huurcontract met het kledingmagazijn was nog lang niet afgelopen. De muur stond echter hinderlijk in de weg. De nieuwe tramplannen

stagneerden, de overheid was verbolgen, de bladen hekelden de sarrende houding van de confectiehandelaar, het publiek voelde zich gedupeerd.

En toch. De reclamemuur bleef er, al werden de daarop geschilderde reclames 's nachts ook bedolven onder 'modderkluiten en teerplakkaten'<sup>3</sup>.

Het *Algemeen Handelsblad* van 4 september 1877 wijdt een uitgebreid overzicht aan de casus, onder de titel 'De muur':

'De werkzaamheden ter verlaging van de Muntsluis zijn een tijdperk van gedeeltelijke staking ingetreden, wegens den bekenden muur van het laatste der huizen tegenover den Munttoren. Die muur bevat een monsteradvertentie van een kleerenmagazijn, welks eigenaar, die tot 1 Mei 1879 de muurvlakte in huur heeft voor f 125 's jaars, met het bestuur der Omnibusmaatschappij niet tot eenstemmigheid heeft kunnen komen over den afkoop van zijn recht.'

Volgens de krant is Oostmeijer hetzelfde bedrag aangeboden, waarmee andere huurders van muuropervlakte genoeg hebben genomen, namelijk het dubbele van de huursom voor elk jaar, dat de huur nog loopt. Oostmeijer zou evenwel ongeveer het drievoud van de aangeboden som hebben gevraagd. Een aanbod om een vervangende reclamemuur te krijgen, zou hij hebben verworpen. Toch is het verschil in vraag en aanbod volgens het *Handelsblad* niet de kern van de problematiek: 'de onderhandelingen schijnen te zijn gestaakt wegens persoonlijke moeilijkheden, die zoo dikwijls het treffen van schikkingen in den weg staan.' Overwogen wordt dat de weg van de gerechtelijke onteigening, waarbij de huurder slechts een vergoeding van de huurprijs voor twee jaren zou verkrijgen, misschien de impasse zou kunnen doorbreken, maar veel extra tijd zou kosten, 'gesteld al dat in dit geval een onteigeningswet ware te verkrijgen'. Het artikel sluit af met de verzuchting - en aansporing - dat Oostmeijer zeker

'een uitnemend blijk van belangstelling zou geven in den bloei van de stad zijner inwoning, als hij zijn bijzonder belang achterstelde bij dat van zijn medeburgers en met het aanbod genoeg zou nemen, dat toch nog het dubbele bedraagt van hetgeen hem bij onteigening zou worden toegelegd. Behalve de voldoening van een goed werk te hebben verricht, zou hij zich wellicht tevens een betere reclame verschaffen, dan de grootste letters op den hoogsten muur in het beste gedeelte der stad hem konden geven. Dat zou ten slotte misschien veel wijzer zijn, dan de op zichzelf niet laakbare zucht om van de omstandigheden zooveel mogelijk partij te trekken.'

In het *Algemeen Handelsblad* van zondag 9 september 1877 wil Oostmeijer op dit artikel reageren, zelf 'eenige opmerkingen onder de aandacht van het publiek (...) brengen, die zoowel mijne houding in die aangelegenheid toelichten kunnen, als enkele feitelijke voorstellingen, die niet geheel juist door u zijn vermeld, releveeren.'<sup>4</sup>

Oostmeijer ontkent het eerdere bericht in de krant dat de AOM hem een alternatieve reclamemuur zou hebben aangeboden. Het vinden van een betaalbaar alternatief is nu eenmaal een dure aangelegenheid. De AOM vraagt zelf NLG 80 per jaar voor een advertentie in de omnibus en maar liefst NLG 1.100 om gedurende vier maanden een reclame te plaatsen op de buskaartjes. Onder deze omstandigheden kan Oostmeijer, zo schrijft

3 *Algemeen Handelsblad* 31 maart 1940.

4 *Algemeen Handelsblad* van 9 september 1877.



hij, 'niet anders handelen dan zijn goed recht, door zijn rechtsgeleerden raadsman - die zijne houding in deze in elk opzicht goedkeurde, en tegenover een minder karig en bekrompen aanbod, zeer zeker aan de zaak reeds lang een minnelijk einde zou hebben gemaakt, - te doen handhaven.' Een eventuele onteigening via een 'gelegenheidsonteigningswetje' beschouwt Oostmeijer overigens veeleer als een zegen dan als een dreiging: 'kwam zoodanig wetje werkelijk tot stand, mijn positie [zou] veel gunstiger zijn, ook uit een financieel oogpunt, dan die waarin de AOM mij heeft willen plaatsen.'

Van de zijde van de AOM wordt direct van repliek gediend.<sup>5</sup> Bestuurder (en oprichter) Schadd<sup>6</sup> wijst de lezers van de krant erop dat de onderhandelaar namens de AOM, de Amsterdamse makelaar Hedden, Oostmeijer wel degelijk alternatieve muurruimte heeft aangeboden, maar Oostmeijer enkel de muurvlakte bij de Muntsluis wilde behouden. Zelfs een huisbezoek van de AOM-bestuurders in eigen persoon vermocht geen zoden aan de dijk te zetten:

'Een nadere poging tot schikking door ons gedaan werd door den heer Oostmeijer afgeslagen. De ondergeteekende bezocht met een zijner medebestuurders (den heer Caramelli) den heer Oostmeijer, ten einde te trachten tot eene schikking te komen. Volgens de verklaring van den bediende was de heer Oostmeijer wel thuis, doch niet voor ons te spreken. Wij verzochten den bediende nogmaals te vragen of de heer O. ons even zoude willen te woord staan, want dat wij namens de AOM kwamen om over de quaestie te spreken. Het tweede antwoord luidde als het eerste: dat de heer O. niet voor ons te spreken was.'

Of de impasse in de onderhandelingen uiteindelijk door het breekijzer van een onteigening zou zijn doorbroken, zullen we nooit weten, want in de vroege ochtend van 18 oktober 1877 bleek de muur van Oostmeijer ineens verdwenen. De stad juichte, de overheid was tevreden, de AOM-directie in haar schik en de politie deed, met betrekking tot het opsporen van de daders, beide ogen toe. Slechts hopen puin herinnerden aan de vergane reclameglorie, die geheel Amsterdam in beroering had gebracht en maandenlang de hoofdstad maakte tot 'de risée van het land'.<sup>7</sup>

#### *De val van de muur*

Wat was er gebeurd? Een toenmalige vereniging van medische studenten, Mavors Medicator, vierde op 17 oktober 1877 een feest op hun sociëteit 'Machaon', die was gevestigd in het toenmalige Muntgebouw, dat op dezelfde plaats stond als het tegenwoordige. Een zeer groot balkon strekte zich uit boven het water van het Singel en verschaft de studenten uitzicht over de Muntsluis en het Sophiaplein, inclusief de muur van Oostmeijer. Aangeschoten studenten, staande op het balkon, vatten toen het voornemen op om die muur, die steen des aanstoots, af te breken. Aanstichter van dit alles zou zijn geweest

---

5 *Algemeen Handelsblad* van 9 september 1877.

6 K.H. Schadd was tot eind 1893 directeur van de AOM en overleed op 26 november 1913 in Den Haag. Hij was voor de oprichting van de AOM oprichter en directeur van het dagblad 'Het Noorden'. De Telegraaf van 27 november 1913 meldt over de oprichting van de AOM: 'De heer Schadd woonde in de Plantage en bezocht iederen dag de Beurs. Hij kwam met eenige buurtgenooten van hem, n.l. de heeren Schmitz, Westerman, Raman en Caramelli op het denkbeeld den grooten toestand voor gezamenlijke rekening te rijden en zoo kwam 't omnibusdienstje tot stand, waaruit later de uitgebreide paardentramdienst is ontstaan.'

7 *Algemeen Handelsblad* van 31 maart 1940.

de student A.F. Verschuur, bijgenaamd 'de Kaffer' vanwege zijn 'afrikaansch uiterlijk' en Surinamer van geboorte.<sup>8</sup> Volgens ooggetuigen kwam hij met een groot touw op zijn schouders rond middernacht de zaal van de sociëteit binnen en hield een vurige speech, die ongeveer luidde als volgt:

'Broeders! Ginds waar het spoor van den vooruitgang van 't Rokin zich buigt naar de Reguliersbreestraat, daar heerscht het vooroordeel. Het spook van den nieuweren tijd tracht er te vergeefs naar een doortocht. Versperd vindt het daar zijnen weg door een krachtige mure. 't Eeuwenheugend gebouw is bezweken, de tijdgeest overwon daar het vooroordeel, maar een Kobold oud als de tijden verhult zich in het kleed van de nieuwe mode en hecht zich geweldig aan 't leste wat reste, aan een alouden muur zonder waarde, getooid maar alleen met het wapen des koppigen Kobolds. Op, mannen, gij die gewijd zijt aan Pallas, de dochter van Zeus den geweldigen, priesters, die offert op 't altaar der wijsheid. Zult gij dulden, dat het gedrocht van den kleingeest zich plaatst in den weg des vooruitgangs? Godin is Minerva voor u, maar alleen niet als Godin der Wijsheid. Draagt vergeefs zij een speer en schild als Athene Nike? 'Dat doet zij niet.' zoo hoor ik u roepen. Welaan dan, zoo volgt mij!"<sup>9</sup>

Verschuur sprak niet tot dovemans oren. Vrijwel allen die hem hoorden volgden hem naar buiten om de muur naar beneden te halen. Eerst liep de groep aangeschoten studenten naar het nabijgelegen in aanbouw zijnde vergaderingsgebouw D'Geelvinck, waar zij steigerpalen 'leenden', waarmee vervolgens werd opgemarcheerd naar de reclame-muur van Oostmeijer. Onder het gezamenlijk aanheffen van het oude heierslied 'Haal op die hei; die is gewassen al in de plassen, haal op die hei' is toen het voorwerp van de algemene ergernis gerammeid.<sup>10</sup>

De politie hield zich die avond opvallend afzijdig. In de krant werd geopperd dat zulks wellicht samenhang met een uitlating van toenmalig burgemeester Den Tex, die tot zijn zoon, op dat moment rector van het Amsterdamsch Studenten Corps, zou hebben gezegd: 'Als jelui nu knappe jongens bent, gooi-jelui van nacht den muur van Oostmeijer om!'<sup>11</sup>

Het gebeuren opende de dichtaderen van het gilde der liedjeszangers, die er in de volkswijken menige cent mee ophaalden en ook in de variététheaters - er waren er toen nog van verschillend genre in onze hoofdstad - werd menige rijmelarij op het gebeurde als nieuwste Schlager, voor het voetlicht gebracht. Een zeer bekend 'gedicht' was het volgende:

Het kon niet duren  
Met dien muur der muren,  
Oostmeijer huurde hem vlug  
Mèt het doel:

8 Dr. A.F. Verschuur overleed in 1901 op pas 48-jarige leeftijd als gevolg van een aderebreuk. Hij was op dat moment werkzaam als officier van gezondheid bij de Nederlandse Marine. Zie: Het nieuws van den dag voor Nederlandsch-Indië van 1 oktober 1901

9 *Algemeen Handelsblad* 14 juni 1952.

10 In een alternatieve versie van de feiten kregen de Amsterdamse studenten de nodige hulp van een toevallig passerende groep matrozen. Zie: De Maasbode van 15 april 1911, waarin een van die matrozen gelaten verzucht: 'Maar zoo gaat het meneer: paarden, die den haver verdienen... 't Heet altijd nog, dat de studenten het hebben gedaan!'

11 *Het nieuws van den dag voor Nederlandsch-Indië* van 1 oktober 1901.

Ze komen wel  
Over de brug.  
Over de brug  
Zijn studenten gekomen,  
Die met palen begonnen te boomen.  
Ze waren eerst tevreden,  
De leuke prenten,  
Toen-ie lag in gruzelementen.  
Zoo wisten ze  
Het spel te besluiten,  
Oostmeijer kon  
Naar vergoeding fluiten!  
Zóó zal het een iegelijk vergaan,  
Die publiek belang  
In den weg gaat staan.

De studenten zelf brachten een operette op de planken met de nogal gezochte titel 'De muur-muureerende Maarten Muurmeijer, of hoe Lieve Demisaison het hazenpad koos'.<sup>12</sup> Een zekere Ego Rotterdam bracht een acht pagina's tellende brochure uit onder de titel 'Westmeijer's verzuchting contra de joviale soldeniers uit de Pillenkroeg in Marenstad'.<sup>13</sup> Jan Brouwer publiceerde twee foto's van de muur met een dichterlijk bijschrift<sup>14</sup>. Het was duidelijk: de (voormalige) muur prikkelde alom de verbeelding.

De val van de muur genereerde zelfs nep-nieuws. Zo meldde het Handelsblad<sup>15</sup> dat voor gemeenschappelijke kosten van de Omnibusmaatschappij, de heer Oostmeijer en de stad Amsterdam, ieder voor een derde, in de muur van de Munttoren een wit marmeren steen wordt geplaatst waarin, verguld, de twee letters 'O.M.' worden gegrift binnen een krans van eikenbladeren. De betekenis van dat letterpaar zou viervuldig zijn:

1. den naam van: Omnibus-Maatschappij;
2. Oostmeijer;
3. Oude Muur;
4. (last not least) dat hij Om is.

---

12 *Het nieuws van den dag voor Nederlandsch-Indië* van 1 oktober 1901. Een bekend couplet uit deze operette luidde als volgt:

*'Zuidmeijer is mijn naam,  
Op vleugelen van de faam  
Door Amsterdam geheel verbreid,  
Want elken dag, elk uur,  
Ziet iedereen mijn muur  
En leert mijn naam met vreugd of spijt  
Daarop ben ik zoo trotsch,  
Sta vast gelijk een rots,  
En heb mijn muurtje o, zoo lief;  
Naast Lise en mijn vrouw,  
Blijf ik mijn muurtje trouw.  
O muur, gij zijt mijn hartedief!'*

13 *Nieuwsblad voor den boekhandel* 2 november 1877.

14 *Nieuwsblad voor den boekhandel* 7 juni 1878.

15 *Algemeen Handelsblad* 1 november 1877.

*De nasleep*

De muur was weliswaar voorgoed verdwenen, de kwestie van de muur was dat zeker nog niet. De restanten van de muur vormden naar het oordeel van de gemeente een gevaar voor de veiligheid van het publiek, en de AOM gaf opdracht om die restanten af te breken en af te voeren. Een zekere aannemer De Vries uit Weesp werd met die klus belast.

Zodra dit voornemen hem bereikte, liet Oostmeijer de AOM dagvaarden in kort geding. Mr. Haas lichtte op welsprekende - zij het hier en daar ook wat breedspakige - wijze de vorderingen van Oostmeijer toe: 'Daden van zeer ingrijpend onrechtmatigen aard nu hebben plaats gevonden; maar reeds is het terrein van het brutaal geweld verlaten. Mokers en hamerslagen zwijgen: de eindphase zijn wij ingetreden.'<sup>16</sup>

Mr. Haas verwijt de AOM niet het omverwerpen van de muur. Dat is 'een daad van derden, een daad van ruw en dwaas geweld; een daad, hier door pleiter echter gaarne met een verschoonend oog beschouwd, omdat zij gepleegd werd door jongelieden in een lustige bui op een leeftijd, waarop men veel pleegt te vergeven. Daarom, al geldt het een handeling, die haar hoogst bedenkelijke zijde heeft, gaarne wil zij deze met den mantel der liefde bedekken.' Wat de AOM wel kwalijk wordt genomen, is dat zij nu overgaat, niet tot herstel van de muur, maar tot totale afbraak daarvan. In de woorden van mr. Haas: 'En bij het krieken van den dag, terwijl der herfstzon eerste schemering aan de kimme daagt: - o, dat zij over dergelijke handeling moest opgaan! - komt de AOM direct- met een bende mannen, gewapend met schoppen en houwelen, en moveert, raseert, vernietigt!'

Oostmeijer vordert dan ook staking van de sloopwerkzaamheden, wederopbouw van de muur, vergoeding van kosten, schaden en interesten, alsmede benoeming van deskundigen die de situatie ter plaatse moeten opnemen met het oog op schadebegroting.

Namens de AOM voert mr. Heineken verweer. Hij schetst dat, zoals Oostmeijer ook toegeeft, de muur enkel door toedoen van de studenten ernstig was beschadigd. Vanwege onmiddellijk instortingsgevaar had de AOM geen andere optie dan de restanten te doen slopen. Herbouw was geen reële mogelijkheid: het stadsbestuur zou daarvoor nooit meer vergunning verlenen.

Mr. Heineken tracht en passant de schade aan de zijde van Oostmeijer te bagatelliseren, door zich ter zitting te beroepen op 'het gevoelen' van een 'deskundige in de publiciteit', een zekere heer Koster, die meent dat een goede advertentie veel beter is dan een muur, en minder duur.

Voor de vorderingen die Oostmeijer nu op tafel legt, is het kort geding volgens mr. Heineken bovendien niet de geëigende route. 'Is hier een zóó groote haast noodwendig' - zo vraagt mr. Heineken zich af - 'dat de zaak aan dien natuurlijken rechter, aan de uitspraak der geheele rechtbank, mag worden onttrokken, en de heer voorzitter genoodzaakt, haar uitsluitend op eigen gevaar te beslissen. Het antwoord is zeer stellig: neen!'

16 *Algemeen Handelsblad* 30 oktober 1877. Ook de navolgende citaten uit de pleidooien van de beide raadslieden zijn aan deze bron ontleend.

Mr. Haas repliceert dat de zaak mogelijk geen haast heeft voor de AOM, maar zeker wel voor zijn cliënt: 'Haast bestaat zeker wanneer het geldt het doen staken van een daad van geweld!'

Mr. Heineken benut de dupliek om onder de aandacht van de rechter te brengen dat inmiddels ten overstaan van notaris Pollones een akte van schenking is verleden waarbij de grond waarop de muur heeft gestaan is overgedragen aan de gemeente, welke akte ook al in de publieke registers is ingeschreven. Herbouw is dus eenvoudigweg geen optie. De AOM beschikt niet meer over de grond. Mr. Heineken benadrukt nogmaals dat het spoedeisend karakter van de vorderingen een- en andermaal niet is aangetoond, waardoor geheel het petitum - evenals voorheen de reclameschildering op de muur - in de lucht hangt.

De voorzitter van de arrondissementsrechtbank heeft niet veel tijd nodig voor zijn oordeelsvorming. Hij verklaart zich gedeeltelijk onbevoegd, en voor een ander deel Oostmeijer niet-ontvankelijk in zijn vorderingen, met veroordeling van eiser in de kosten.<sup>17</sup> Oostmeijer koos kiest wijselijk om dan maar in die uitspraak te berusten.<sup>18</sup>

### **3 De schutting van Went**

#### *Achtergrond*

De muur van Oostmeijer mocht voorgoed tot het verleden behoren, een volgend obstakel diende zich alweer aan. Geen muur nu, maar een schutting.

De AOM wilde enkele jaren later - in 1883 - een nieuwe tramlijn een parcours laten rijden van het Emmaplein over de Willemsparkweg, door de P.C. Hooftstraat, de Hobbemastraat, door het Leidsebosje en over het Leidseplein, door de Leidsestraat, over het Koningsplein, het Singel, langs het Rokin naar de Dam. Het leggen van de rails verliep volgens het door de AOM-directie vastgestelde plan, op één uitzondering na. Dit betrof het gedeelte van de Hobbemastraat tussen de Vossiusstraat en de P.C. Hooftstraat, dat luisterde naar de naam Schapenburgerpad.

Dit pad werd sinds het midden van de 18<sup>e</sup> eeuw beheerd door de bewoners van de aangrenzende percelen en tuinen. Zij zorgden voor bestrating en beplanting en de kosten daarvan werden onderling verdeeld naar evenredigheid van de lengte waarmee hun percelen aan het pad grensden. Zij waren gezamenlijk eigenaren van het pad en gedroegen zich ook als zodanig. Op enig moment kocht ook de AOM een aan het pad gelegen perceel. Toen de voormelde nieuwe lijn van het Leidseplein naar de P.C. Hooftstraat moest worden aangelegd, verhoogde de AOM het pad, maakte houten leuningen aan weerszijden van het opgehoogde deel en legde daar rails overheen.<sup>19</sup>

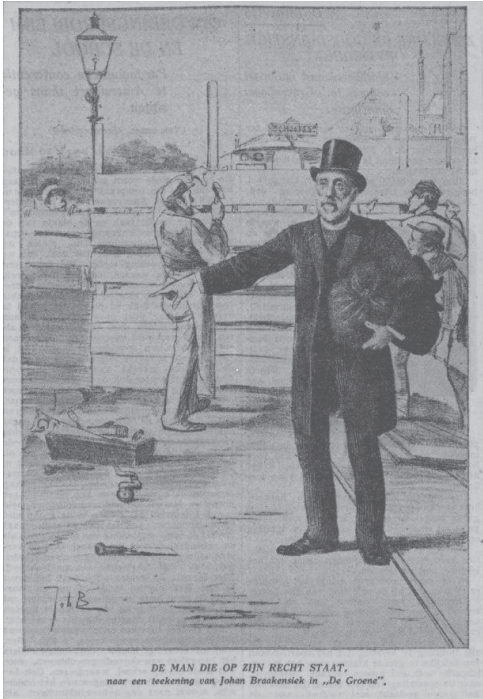
Daarop dagvaardde de heer F.H. Went, eigenaar van verschillende aan het Schapenburgerpad gelegen percelen en aldus mede-rechthebbende op dat pad, de AOM voor de rechtbank te Amsterdam. Hij vorderde wegneming van de reeds gelegde rails en

---

17 *Provinciale Overijsselsche en Zwolsche courant* 30 oktober 1877.

18 *Arnhemsche courant* 30 juli 1878.

19 *De Amsterdammer* 29 maart 1883.



herstel in de oude toestand van het Schapenburgerpad.<sup>20</sup> Wente was niet zomaar iemand. Hij was - aldus zijn necrologie - een der eerste kleermakers van Amsterdam: 'En een goede. Niet goedkoop, maar zijn waar was goed.'<sup>21</sup> Hij werd beschouwd als miljonair en was naast een deel van het Schapenburgerpad ook eigenaar van vrijwel de gehele Vossiusstraat. Toch was hij 'heel gewoon' gebleven en kom men hem in die dagen 'iedere morgen langs 's heren wegen zien wandelen met nog altijd jeugdige vlugheid hoewel hij diep in de zestig is.'<sup>22</sup>

De rechtbank stelde Wente bij vonnis van 5 juni 1883 in het ongelijk, maar ten overstaan van het Hof won hij alsnog het pleit. De AOM vocht het arrest nog aan in cassatie, maar vergeefs. Het cassatieberoep werd op 9 maart 1888 verworpen.<sup>23</sup> Als de

Hoge Raad heeft gesproken, '*da schweigen alle Flöte*, zelfs die van de conducteur der machtige A.O.M.'<sup>24</sup> De AOM diende derhalve de rechten van haar mede-eigenaars van het Schapenburgerpad te eerbiedigen.

### *De schutting*

Er zat voor de AOM toen niets anders op dan te trachten met de wederpartij - Wente in het bijzonder - tot een schikking te komen. De onderhandelingen mislukten evenwel. De AOM was bereid voor de benodigde vijf vierkante meter een bedrag van NLG 4.000 te betalen, alsmede een bouwterrein van 115 m<sup>2</sup> af te staan. Wente wilde nog NLG 2.000 extra ontvangen. Dat was voor de AOM niet aanvaardbaar.<sup>25</sup>

In de nacht van 13 op 14 mei 1890 liet Wente toen de Hobbemastraat ter hoogte van het Schapenburgerpad afsluiten door een houten schutting. Het nieuws van den dag meldt:

'De bewoners van de P.C. Hoofdstraat moeste zich hedenmorgen meer dan eens de oogen uitwrijven, om zeker te zijn dat zij zich niet vergisten toen zij maar geen trams zagen aankomen. Er was blijkbaar een hinderpaal, want de dienst is anders stipt als een uurwerk.

20 *Algemeen Handelsblad* 15 mei 1890.

21 *Algemeen Handelsblad* 18 februari 1919.

22 *Bataviaasch handelsblad* 25 juni 1890.

23 *Het nieuws van den dag: kleine courant* 10 maart 1888.

24 *Bataviaasch handelsblad* 25 juni 1890.

25 *Het nieuws van den dag: kleine courant* 15 mei 1880.

Wat die hinderpaal was, bleek al spoedig bij den ingang van de Hobbemastraat, den kleinen verbindingsweg tusschen P.C. Hoofstraat en Stadhouderskade, den twistappel in het beroemde proces Wentte contra A.O.M. Tal van mannen waren bezig daar eene wegeversperring te maken in den vorm van een doorlopende schutting, welke het verkeer geheel afsloot, behoudens een kleine opening links in de laagte, waardoor een mensch juist kan gaan.<sup>26</sup>

De tram kon niet meer passeren, maar voetgangers konden wel door een nauwe opening achter de schutting omlopen. Een paar dagen later werd de opening in de schutting verwijld, zodat voetgangers en handkarren daardoor konden passeren, maar trams zeker niet.<sup>27</sup> Aan die tijdelijke oplossing maakte Wentte echter alweer vlug een einde.

Aldus ontstond de situatie dat trampassagiers op dit punt steeds moesten uitstappen, waarna zij achter de schutting een andere tramwagen vonden waarmee zij hun reis konden voortzetten.<sup>28</sup> Een slimme kruier, die een onderhuis op de P.C. Hoofstraat bewoonde, zag nering in dit onheil en stelde zijn huis tegen betaling open als een tunnel: voor één cent mocht men door het 'donker onderhuisgangetje' van de P.C. Hoofstraat naar het Schapenburgerpad gaan, en vice versa.<sup>29</sup>

Op 21 mei 1890 begon Wentte zelfs - onder toezicht van een deurwaarder en twee getuigen - met het weggraven van de ophooggrond die de AOM ten behoeve van de tramverbinding had aangebracht op het Schapenburgerpad.<sup>30</sup> Ook de rails werden verwijderd.

Zo werd het op dat plekje Amsterdam een zeer ongeregelde toestand. Het openbaar vervoer stagneerde in hoge mate en het gemeentebestuur, dat zich aanvankelijk met de kwestie niet had bemoeid, vroeg aan de regering te bevorderen dat een onteigeningswetje tot stand zou komen, uiteraard niet nadat eerst de AOM zich bereid had verklaard de kosten van een eventuele onteigening te dragen.<sup>31</sup>

### *Oplossing*

Uiteindelijk werd in de loop van het voorjaar van 1890 de route van de tram verlegd, door de P.C. Hoofstraat naar de Stadhouderskade. Die lijn opende op 24 juni 1890,<sup>32</sup> waardoor aan het ongemak van de tramreizigers een einde kwam. De schutting bleef echter staan, tot ongenoegen van met name de winkeliers van de P.C. Hoofstraat. Een ingezonden brief aan het Nieuws van den dag vertolkt het algemeen gevoelde ongemak: 'men kan zich door een nauwe opening in de schutting wringen - voor corpulente mensen een stout stuk - waarna men bij vochtig weder in een modderpoel terecht komt.'<sup>33</sup>

Soms ontstond er door speling van het hout - of door menselijk geweld - enige ruimte in de schutting, maar al snel spijkerde Wentte een eventueel gat weer dicht.<sup>34</sup>

---

26 *Het nieuws van den dag: kleine courant* 15 mei 1880.

27 *Hoornsche Courant* 18 mei 1890.

28 *De Tijd* 15 mei 1890.

29 *De Tijd* 23 mei 1890.

30 *Het nieuws van den dag: kleine courant* 21 mei 1890.

31 *Algemeen Handelsblad* 20 mei 1890.

32 *Het nieuws van den dag: kleine courant* 24 juni 1890.

33 *Het nieuws van den dag: kleine courant* 17 oktober 1891.

34 *De Tijd* 1 januari 1892.



Het zou uiteindelijk duren tot begin juni 1892, na ruim twee jaar van ongemak, vooraleer de schutting zou verdwijnen. Dat gebeurde onder druk van een onteigeningsprocedure. De desbetreffende wet van 20 februari 1891 had al in het Staatsblad gestaan,<sup>35</sup> de administratieve procedure was vervolgens afgerond.<sup>36</sup> Aangezien er geen kadastrale eigenaar van het Schapenburgerpad kon worden achterhaald, benoemde de rechtbank een zekere mr. J.C. de Koning als 'derde' namens de gerechtigden tot dat pad en deze De Koning maakte geen bezwaar tegen een weghalen van de schutting.<sup>37</sup> Toen dat eenmaal was gebeurd, kwam Wente alsnog tot zaken met de gemeente, en datzelfde gold - niet lang daarna - voor de overige 'padders'.<sup>38</sup> De details van die schikkingen zijn helaas niet bekend

## **4 Afronding**

In de 'Amsterdamsche Kroniek' van de Provinciale Overijsselsche en Zwolsche Courant van 30 juni 1890 wordt met stelligheid opgemerkt dat in de 'jaarboeken onzer Stedemaagd' zowel de muur van Oostmeijer als de schutting van Wente feiten worden geacht van historische betekenis.

Wie leefde in het Nederland - en in het bijzonder in het Amsterdam - van het einde van die 19<sup>e</sup> eeuw zal inderdaad zonder enige twijfel vertrouwd zijn geweest met de geschiedenissen van de twee dwarse kleermakers en hun beruchte obstakels.

Vandaag de dag is dat bepaald anders: de magazijnen van Oostmeijer en Wente bestaan allang niet meer, geen historische romans zijn aan de strijd tussen de beide heren en de AOM gewijd, het Schapenburgerpad bestaat nog steeds, maar is helaas niet openbaar toegankelijk, geen gedenkteken herinnert aan de muur of de schutting.

Lezer, u moet het dus doen met wat nu voor u ligt: een klein gedenkteken op papier, bij wijze van cadeau van Den Haag aan Amsterdam.

---

35 *Stbl.* 1891, 36.

36 *Sicrt.* 31 maart 1891.

37 *De Tijd* 3 juni 1892.

38 *De Tijd* 6 juni 1892.





# Artikel 23.7 Omgevingswet en het privaatrecht

*Prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen*

## 1 Inleiding

Wederom gaat een grootheid uit het Omgevingsrecht. Dat is ook deze keer jammer, maar ditmaal ga ik er geen redactioneel aan wagen.<sup>1</sup> Wel geeft het afscheid van Jan Struiksma van de VU mij een reden om voort te bouwen op een stuk dat ik schreef voor een afscheid van een andere grootheid, het afscheid van Lex Michiels uit Tilburg.

Voor Michiels schreef ik een artikel over de Omgevingswet en het privaatrecht.<sup>2</sup> Ik besteedde daarin aandacht aan die wet voor drie privaatrechtelijke overheidshandelingen, zijnde het stellen van regels via het privaatrecht, het privaatrechtelijk kostenverhaal en privaatrechtelijke handhaving.

Op het stellen van privaatrechtelijke regels ziet artikel 23.7 Omgevingswet. Het artikel verbiedt dergelijke regels in een aantal gevallen en lijkt een voortzetting te zijn van het vergelijkbaar opgezette artikel 122 Woningwet. In het stuk voor Michiels sprak ik een vermoeden uit, dat uit de inhoud en strekking van de regeling van artikel 23.7 moet worden afgeleid dat het gemeenten niet is toegestaan om privaatrechtelijke voorschriften te stellen ten aanzien van onderwerpen die zij zelf kunnen regelen via maatwerkvoorschriften of maatwerkregels.

Ik weet niet of het hier aan de kritische houding van Jan ten aanzien van de Omgevingswet of deelonderwerpen ligt,<sup>3</sup> maar ik kijk bij nader inzien kritisch naar mijn eigen bevinding over artikel 23.7 Omgevingswet. Ik bespreek daartoe allereerst de artikelen 23.7 Omgevingswet en artikel 122 Woningwet, waarna ik inga op de ratio van de wetgever achter artikel 122 Woningwet. Het lijkt erop, dat die ratio juist niet de ratio van de Omgevingswet is. Die ratio zou dus ook niet meer richtinggevend hoeven te zijn voor de uitleg van artikel 23.7 Omgevingswet. Ik trek vervolgens een parallel met twee bekende arresten inzake onaanvaardbare doorkruising en hun uitkomst in het licht van gewijzigde wetgeving. Ik sluit af met een korte conclusie met nadere aandacht voor Jan.

---

1 G.A. van der Veen, 'Grootheden uit het Omgevingsrecht', *Gst.* 2017/110.

2 G.A. van der Veen, 'De Omgevingswet en het privaatrecht', *TvO* 2017, p. 90-95.

3 J. Struiksma, 'Digitaal Stelsel Omgevingswet - Uithuilen en opnieuw beginnen', *WPNR* 2018, 7179, p. 58.

## **2 Artikel 23.7 Omgevingswet en artikel 122 Woningwet**

Artikel 23.7 Omgevingswet luidt:<sup>4</sup>

“De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten over onderwerpen waarover regels als bedoeld in artikel 4.21 zijn gesteld of over onderwerpen met betrekking tot het bouwen die geregeld zijn op grond van hoofdstuk 5.”

Artikel 122 Woningwet luidt:

“De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2, is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.”

Artikel 122 Woningwet verzet zich ook blijkens de jurisprudentie tegen contracteren omtrent de verlening van een omgevingsvergunning voor het bouwen en staat evenmin toe dat gemeenten via grondverkoop privaatrechtelijke voorschriften stellen omtrent bouwtechnische voorwaarden en garantiebepalingen, nu zij door het Bouwbesluit worden bestreken.<sup>5</sup>

Het leek en lijkt mij dat het eerste onderwerp, het verbod tot contracteren omtrent de verlening van een omgevingsvergunning voor het bouwen, niet gewijzigd wordt door de komst van de Omgevingswet.

Ik had aarzelingen bij het tweede onderwerp, het stellen van privaatrechtelijke voorwaarden. In het stuk voor Michiels vroeg ik mij af of ook daar het verbod zo blijft, als het was. Dat hangt samen met de grote vrijheid die de Omgevingswet aan gemeenten wil geven om publiekrechtelijk zelf diverse zaken te reguleren. Wat is hier namelijk het geval? Artikel 23.7 verwijst naar regels als bedoeld in artikel 4.21. Dat zijn alleen rijksregels. Artikel 4.21 verwijst naar artikel 4.3 Omgevingswet, dat de grondslag bevat voor een algemene maatregel van bestuur (AMvB) waarin regels worden gesteld over (onder meer) bouwactiviteiten. De memorie van toelichting stelt dat gemeentebesturen geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht mogen verrichten met betrekking tot onderwerpen waarin bij of krachtens een AMvB als bedoeld in artikel 4.21 is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens hoofdstuk 5 zijn geregeld.

Volgens de toelichting wordt met dit voorschrift aangesloten bij artikel 122 Woningwet. Doel van het voorschrift is te voorkomen dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg de hun toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden uitbreiden. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het bij overeenkomst - bijvoorbeeld bij grondverkoop of gronduitgifte in pacht - stellen van technische eisen anders dan die bij of krachtens het Bouwbesluit 2012 zijn gegeven, of het bij overeenkomst regelen van het verkrijgen van een met een omgevingsvergunning vergelijkbare toestemming van het college van burgemeester

---

4 Deze paragraaf is ontleend aan het al aangehaalde G.A. van der Veen, ‘De Omgevingswet en het privaatrecht’, *TvO* 2017, p. 90-95.

5 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3077, AB 2004/60 m.nt. G.A. van der Veen en HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1677, AB 2011/330 m.nt. F.J. van Ommeren, NJ 2012/334 m.nt. L.C.A. Verstappen (Van Sundert/Breda).

en wethouders voor het bouwen van een omgevingsvergunningvrij bouwwerk. Volgens de toelichting vloeit uit het artikel voort dat een dergelijk beding in een overeenkomst niet is toegestaan.<sup>6</sup>

De toelichting doet aldus voorkomen dat artikel 122 Woningwet hier ongewijzigd wordt overgenomen. Dat is niet zo, en dat lijkt de toelichting vervolgens ook wel een beetje te zien. De toelichting meldt vervolgens dat het artikel er niet aan in de weg staat dat gemeenten over de op grond van artikel 4.21 geregelde onderwerpen maatwerkvoorschriften kunnen stellen. Artikel 4.5 (maatwerkvoorschriften), 4.6 (maatwerkregels) en 4.21 bieden de grondslag voor het desgewenst bieden van publiekrechtelijke maatwerk-mogelijkheden ten aanzien van die onderwerpen aan gemeenten. Als het bijvoorbeeld gewenst is om gemeentebesturen de mogelijkheid te bieden strengere energiezuinigheidseisen voor nieuw te bouwen gebouwen te hanteren dan de algemene rijksregels op grond van artikel 4.21 voorschrijven, bieden die artikelen de grondslag daarvoor, aldus nog steeds de toelichting.<sup>7</sup>

Ik schreef in het stuk voor Michiels dat naar mijn idee artikel 23.7 naar zijn bewoordingen het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen, en dus het stellen van privaatrechtelijke regels ten aanzien van onderwerpen waarover gemeenten maatwerkvoorschriften of maatwerkregels kunnen stellen, niet uitsluit, terwijl de toelichting die uitsluiting wel beoogt. Dat vind ik ook nu nog. Artikel 23.7 sluit privaatrechtelijke rechtshandelingen echter alleen uit ten aanzien van onderwerpen die door rijksregels worden geregeld. Anders dan ik thans meen, schreef ik toen dat hier wellicht dan maar de - ook nog in de toelichting - genoemde doorkruisingsformule uitsluitel moet bieden en meer in het bijzonder dat uit de inhoud en strekking van de regeling van artikel 23.7 dan maar moet worden afgeleid dat het gemeenten ook niet is toegestaan om privaatrechtelijke voorschriften te stellen ten aanzien van onderwerpen die zij zelf kunnen regelen via maatwerkvoorschriften of maatwerkregels.<sup>8</sup> De materie kan echter ook anders benaderd worden, en wel door de ratio van de wetgever achter artikel 122 Woningwet nader te bezien. Dan komen wij tot een andere conclusie.

### **3 De ratio van de wetgever achter artikel 122 Woningwet**

Artikel 122 Woningwet is in werking getreden op 1 oktober 1992.<sup>9</sup> Blijkens de parlementaire stukken heeft de wetgever met artikel 122 Woningwet beoogd om een in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw bestaand dereguleringsstreven in de wet te verankeren. De wetgever was van mening dat gemeenten niet via eigen verordeningen en dergelijke, nog aanvullende eisen naast of invulling op het Bouwbesluit mochten stellen. De wetgever wenste niet dat gemeenten dat dereguleringsstreven konden doorkruisen door aanvullende maatregelen te eisen. Als uitvloeisel van dat dereguleringsstreven wenste de wetgever ook ter zake mogelijk privaatrechtelijk overheidshandelen te voor-

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 610-611.

7 *Ibid.*, p. 610-611.

8 *Ibid.*, p. 611.

9 KB van 4 juni 1992, *Stb.* 292.

komen. De wetgever had onderkend dat gemeenten ook langs privaatrechtelijke weg eisen konden opleggen, naast de uiteraard in het privaatrecht bestaande mogelijkheid dat partijen over en weer vrijwillig tot toepassing van bepaalde normen zouden komen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet, dat de wetgever naast dit dereguleringsstreven nog één of meer andere argumenten had, om artikel 122 Woningwet in te voeren. Andere argumenten dan deregulering of daarmee samenhangende wensen tot uniformering van de regelgeving, lijken in de parlementaire stukken namelijk niet te vinden te zijn. Zo lijken de parlementaire stukken te tonen dat artikel 122 Woningwet beoogt om een einde te maken aan het éenzijdig stellen van privaatrechtelijke eisen, omdat daardoor het toentertijd beoogde dereguleringsstreven zou worden gefrustreerd. De parlementaire stukken laten zich niet uit over andere “modaliteiten” van gemeentelijk handelen en/of contracteren in verband met bouwvergunningen en/of bouwtechnische eisen.

Dat dereguleringsstreven blijkt bijvoorbeeld uit de volgende passage uit de Memorie van Antwoord van de Minister:<sup>10</sup>

“Om te voorkomen dat hetgeen met de deregulering wordt beoogd door gemeenten te niet wordt gedaan, is in artikel 122 de aanvullende verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad uitgesloten ten aanzien van de bij of krachtens het Bouwbesluit of het Toezichtbesluit gegeven voorschriften. Voorts is om dezelfde reden in artikel 123 voor de gemeente de privaatrechtelijke weg ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens de herziene Woningwet is voorzien, afgesloten (...).

(...) terwijl het slechts de bedoeling is geweest om te voorkomen dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg de met het Bouwbesluit en de met het gewijzigde vergunningenregime als vervat in hoofdstuk IV van het onderhavige wetsvoorstel, beoogde deregulering zouden kunnen frustreren.”

In algemenere zin lijkt uit de aanhef van de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de herziening van de Woningwet reeds te volgen, dat de wetgever aan de herziening met name de wens tot vereenvoudiging en vermindering van de regelgeving ten grondslag heeft gelegd:<sup>11</sup>

“Deze herziening vloeit voort enerzijds uit het streven naar vereenvoudiging en vermindering van de regelgeving en anderzijds uit het beleid inzake de decentralisatie van de volkshuisvesting.”

De Memorie van Toelichting verwijst naar het toenmalige regeerakkoord, waarin is opgenomen dat<sup>12</sup>

“op korte termijn maatregelen zouden worden genomen om te kunnen komen tot het afschaffen van overbodige voorschriften in het bouwproces. Daarbij is voorts gesteld dat het uniformeren van bouwvoorschriften noodzakelijk werd geacht.”

De bij de herziening van de Woningwet prevalerende wens tot uniformering doet er blijkens de Memorie van Toelichting niet aan af, dat er normen of normdelen en/of

---

10 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 9, p. 87.

11 *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 1.

12 *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 1.

kwaliteitsverklaringen kunnen worden aangewezen, waarmee uniformering en vereenvoudiging kan worden bereikt:<sup>13</sup>

“De hoofdgedachte van dit beleidsvoornemen is, dat door het aanwijzen van normen of normdelen of kwaliteitsverklaringen uniformering wordt bewerkstelligd in de toepassing van normen of normdelen en, indien van aangewezen kwaliteitsverklaringen gebruik wordt gemaakt, uniformering in de toepassing van gekwalificeerde bouwproducten. Bovendien bewerkt aanwijzing in vorenbedoelde zin een aanzienlijke vereenvoudiging van enerzijds de bouwvoorschriften op zichzelf en anderzijds de in het kader van de verlening van een bouwvergunning te verrichten toetsing van bouwvoorschriften aan die voorschriften.”

Ook hier blijkt de wens tot uniformering en dus deregulering voorop te staan. Dat streven naar deregulering bij het wetsvoorstel blijkt verder uit een afzonderlijke paragraaf 2.4 in de Memorie van Toelichting, waar de overige dereguleringsvoorstellen worden besproken en het volledige vierde hoofdstuk van de Memorie van Toelichting, waar het wetsvoorstel uitgebreid getoetst wordt aan de aanwijzingen inzake de deregulering.<sup>14</sup> Het vijfde hoofdstuk over de financiële en bestuurlijke lasten vangt aan met een paragraaf 5.1, getiteld “Deregulering”.

Ook ten aanzien van artikel 122, in het wetsvoorstel nog artikel 123, stelt de Memorie van Toelichting de deregulering voorop:<sup>15</sup>

“Dit artikel strekt ertoe om te voorkomen dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg de hun in dit wetsvoorstel ten aanzien van de daarin geregelde onderwerpen toegekende bevoegdheden uitbreiden en daarmee de deregulering frustreren. Hierbij valt onder meer te denken aan het bij overeenkomst - bijvoorbeeld ingeval van grondverkoop of gronduitgifte in pacht - regelen van bouw- of woontechnische eisen anders dan die welke bij of krachtens het in artikel 2 bedoelde Bouwbesluit zijn gegeven.”

In de Memorie van Antwoord bericht de regering verder dat het onderhavige wetsvoorstel

“hoofdzakelijk dient ter uitvoering van de in 1983 reeds bekendgemaakte dereguleringsvoornemens.”<sup>16</sup>

Achtergrond van die dereguleringswens is om:<sup>17</sup>

“de in de praktijk gebleken ondoorzichtigheid van en tegenstrijdigheden in de bouwvoorschriften weg te nemen, meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid aan de bouwparticipanten te bieden en vertraging bij het realiseren van bouwprojecten zo veel mogelijk te voorkomen.”

De Memorie van Antwoord besteedt vervolgens wederom uitgebreid aandacht aan de dereguleringswens en gaat nog nader in op artikel 122, toen nog artikel 123. Zo geeft de

13 *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 8.

14 *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 21-24, resp. p. 27-32.

15 *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 81.

16 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 9, p. 1.

17 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 9, p. 3.

Memorie van Antwoord aan dat gemeenten geen hogere eisen kunnen stellen, dan uit de publiekrechtelijke regelgeving voortvloeien:<sup>18</sup>

“Zij kan evenwel in dat kader geen hogere eisen stellen dan die van het Bouwbesluit.”

Gemeenten mogen dus geen deregulering frustreren. De gemeenten was de mogelijkheid ontnomen, om zelf publiekrechtelijke regels te stellen. De wetgever accepteert in dat kader vervolgens niet, dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg de zo verlangde en zo veelvuldig benadrukte deregulering frustreren.

## **4 De ratio van de Omgevingswet**

De Omgevingswet kent geen doelstelling van deregulering, en te minder van beperking of zelfs afschaffing van de mogelijkheden van gemeentelijke regulering. De Omgevingswet kent wel een aantal verbeterdoelen. Deregulering valt daar niet onder.<sup>19</sup> Sterker, één van de verbeterdoelen is het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken voor het bereiken van doelen voor de fysieke leefomgeving.<sup>20</sup> Die taak berust primair bij de gemeentelijke overheid. De taken voor de fysieke leefomgeving die de overheid moet behartigen, liggen in de eerste plaats bij de gemeenten, aldus de Memorie van Toelichting bij de Omgevingswet. De gemeenten spelen de hoofdrol bij het beheer en de ontwikkeling van de fysieke leefomgeving: ze zorgen voor de openbare ruimte, ze delen de schaarse ruimte toe aan maatschappelijke functies en zijn het bevoegd gezag voor veruit de meeste activiteiten van burgers en bedrijven.<sup>21</sup>

Met die primaire rol voor gemeenten spoort de ruime mogelijkheid voor gemeenten om maatwerkvoorschriften te stellen. De Memorie van Toelichting onderkent dat maatwerk en uniformiteit haaks op elkaar staan. Zowel bij het vaststellen van beleid als bij keuze van instrumenten speelt de keuze voor de mate van uniformiteit een rol. In bepaalde gevallen is het van belang uniforme regels te stellen over activiteiten in de fysieke leefomgeving en in andere, vaak complexe, gevallen is maatwerk wenselijk. Deze keuze verschilt van onderwerp tot onderwerp, aldus de Memorie.<sup>22</sup> Het mag duidelijk zijn, dat dan ruime afstand wordt genomen van de deregulering die er onder de Woningwet toe leidde dat gemeenten juist geen eigen regels mochten stellen.

Artikel 4.21 Omgevingswet handelt over rijksregels voor bouwwerken. Van Rijkswege worden regels gesteld met het oog op het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid en duurzaamheid en bruikbaarheid. De regels strekken in ieder geval tot waarborg van de minimumkwaliteit van bestaande en te bouwen bouwwerken, van een brandveilig gebruik van bouwwerken, van de veiligheid en de gezondheid in de directe omgeving van het bouwen en slopen en van de toegankelijkheid van nieuw te realiseren bouwwerken en de directe omgeving daarvan voor mensen met een functiebeperking.

---

18 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 9, p. 6-9, p. 87-88.

19 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 7.

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 25.

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 43.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 39.

Blijkens de Memorie van Toelichting gaat het om regels zoals over de constructieve veiligheid, de brandveiligheid en de energieprestatie van gebouwen, over de verplichte aanwezigheid, de minimaal vereiste kwaliteit en het onderhoud van bouwwerkgebonden installaties en over het waarborgen van de veiligheid van de directe omgeving bij het uitvoeren van bouw- en sloopwerkzaamheden.<sup>23</sup>

Zoals in het bovenstaande reeds was opgemerkt, laat de Memorie van Toelichting ruimte aan gemeentebesturen om bijvoorbeeld strengere energiezuinigheidseisen voor nieuw te bouwen gebouwen te hanteren dan de algemene rijksregels op grond van artikel 4.21 voorschrijven.<sup>24</sup>

De oude dereguleringsdoelstelling van de opsteller van de Woningwet is aldus achter de horizon verdwenen. Die kan dus ook niet meer dienen voor een ruimere interpretatie van het verbod op privaatrechtelijk overheidshandelen, dan in artikel 23.7 Omgevingswet zelf is verwoord. Het lijkt dus goed pleitbaar, dat gemeenten niet alleen via publiekrechtelijke weg van rijksregels kunnen afwijken, maar ook via het privaatrecht. De bij de Woningwet vooropgestelde deregulering leidde tot een verbod op afwijkende publiek- en dus ook privaatrechtelijke regulering door gemeenten. Wellicht draait de Omgevingswet het zelfs om: als gemeentelijke publiekrechtelijke regulering wordt toegestaan en dus uitdrukkelijk afscheid wordt genomen van eerdere dereguleringswensen, is er geen noodzaak meer om gemeenten nog privaatrechtelijk aan banden te leggen.

## 5 Parallel met doorkruisingsarresten

Het zou niet de eerste keer zijn dat een wetwijziging leidt tot een diametraal ander oordeel over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen in vergelijkbare gevallen. Ook wanneer de wet zelf geen antwoord geeft op de vraag of privaatrechtelijk overheidshandelen is toegestaan, blijkt belangrijke betekenis toe te komen aan de inhoud en strekking van de wet en de wetsgeschiedenis.<sup>25</sup> Die inhoud en strekking kunnen veranderen.

De arresten *De Pina/Helmond* en *Heerde/Goudsmit* laten een dergelijke wijziging zien. In het eerste arrest leverde een gemeentelijke vordering tot verwijdering van een woonwagen van haar eigendommen, een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling op. De toenmalige Woonwagenwet kende een specifieke bestuursdwangregeling met een bijzondere bescherming voor woonwagenbewoners. Deze behelsde onder meer dat bij toepassing van die regeling tevoren aan de woonwagenbewoner kenbaar moest worden gemaakt, waarheen de woonwagen verplaatst zou worden. De wetgever achtte dat nodig ter bescherming van woonwagenbewoners. Deze bescherming zou bij een privaatrechtelijke verwijdering teniet worden gedaan.<sup>26</sup> Ook het tweede arrest betrof een privaatrechtelijke verwijdering van een woonwagen van een gemeentelijk perceel.

23 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 477-478.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 610-611.

25 Vgl. G.T.J.M. Jurgens, 'De rol van de wetgever in de concurrentie tussen publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Den Haag: Boom 2019, p. 291.

26 HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AN1176, AB 1990/547 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/394 m.nt. M. Scheltema (*De Pina/Helmond*).



Hier achtte de Hoge Raad de privaatrechtelijke weg aanvaardbaar. De oude Woonwagewet met haar speciale bescherming voor woonwagenbewoners was vervangen door de meer algemene Huisvestingswet. In de parlementaire stukken bij die wet was bovendien te lezen dat gemeenten voor het gebruik van woonwagenstandplaatsen huurovereenkomsten kunnen sluiten. Indien een dergelijke overeenkomst niet tot stand komt, wordt de standplaats zonder recht of titel ingenomen en kan de gemeente daartegen optreden. Het verval van de bijzondere bescherming en de opmerkingen over huur en optreden bij gebruik zonder titel, leidden de Hoge Raad tot het oordeel dat de privaatrechtelijke weg geen onaanvaardbare doorkruising van de Huisvestingswet opleverde.<sup>27</sup>

## **6 Korte conclusie met nadere aandacht voor Jan**

Jan is niet de meest dociele volger van de Omgevingswet gebleken.<sup>28</sup> Zijn benadering vormt een prettig tegenwicht tegen de blijmoedige, maar ook wel informatieve, staatspropaganda over de wet, het wetgevingsproces en alles wat daarmee samenhangt. Het maakt echter voor artikel 23.7 Omgevingswet niet uit welke instelling men heeft. Dat artikel valt te bekritisieren omdat het voor meerdere uitleg vatbaar is. Zonder enige garantie, opent het kansen voor gemeenten om het maar weer eens te gaan proberen met privaatrechtelijke eisen. Mocht schrijver dezes dan voor een gemeente aan de slag mogen, dan hoopt hij hoe dan ook op meer succes dan artikel 122 Woningwet zijn gemeente van destijds gaf!<sup>29</sup>

---

27 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3860, AB 2004/247 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2005/ 23 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Heerde/Goudsmit).

28 Zie bijvoorbeeld J. Struiksma, 'Het wetsvoorstel Omgevingswet: de beperkingen van een wetenschappelijke beoordeling', *TBR* 2014/142.

29 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1677, AB 2011/330 m.nt. F.J. van Ommeren, NJ 2012/334 m.nt. L.C.A. Verstappen (Van Sundert/Breda).

# Gedoogplichten in de Omgevingswet

*Prof. mr. A.A. (Aert) van Velten*

## 1 Inleiding

Degene aan wie deze bundel zal worden aangeboden kan niet als een groot pleitbezorger van de komende Omgevingswet worden aangemerkt. Nu deze wetgeving door het parlement werd aanvaard is ook voor Jan Struiksma de Omgevingswet een onontkoombaar gegeven geworden, maar terecht heeft hij in het verleden opgemerkt dat dit ‘een project van de lange adem’ is geworden!<sup>1</sup> Door herhaaldelijk uitstel van de invoering heeft hij gelijk gekregen en zal hij ongetwijfeld met enig genoegen hebben geconstateerd dat de Omgevingswet in ieder geval na zijn emeritaat gaat gelden, zodat hij over die gecompliceerde wet met zijn Invoeringswet, Aanvullende wetten, amvb's en vele uitvoeringsbesluiten niet meer hoeft te doceren.

Als privaatrechtelijke oud-collega van Jan heb ik uiteraard nog minder met deze komende wetgeving te maken; het bestuursrecht staat in ons rechtstelsel immers ver weg van het burgerlijk recht. Wel is mij opgevallen dat de nieuwe wet en de daarin op te nemen Aanvullingswet grondeigendom enkele aspecten bevatten die de privaatrechtelijke eigendom van vastgoed, zoals neergelegd in art. 5:1 BW, in hoge mate kunnen beperken.<sup>2</sup> Daarbij kan, naast onteigening, gedacht worden aan voorkeursrechten tot koop van de overheid (ter vervanging van de huidige Wet voorkeursrecht gemeenten en de Wet agrarisch grondverkeer), bijzondere instrumenten voor de inrichting van gebieden (ter vervanging van de huidige Wet inrichting landelijk gebied, eerder de Landinrichtingswet, nog eerder de Ruilverkavelingswet) en de introductie van de vrijwillige stedelijke kavelruil (die mijns inziens thuishoort in het BW).

Het betreft alle onderwerpen die in de Omgevingswet zullen worden opgenomen via de omweg van de Aanvullingswet grondeigendom.<sup>3</sup> Parlementaire behandeling van deze Aanvullingswet ligt nog in het verschiet, zodat voor al de genoemde rechtsfiguren nog weinig concreets valt te melden, laat staan over de invoering daarvan.

---

1 *TBR* 2016/109.

2 Zie mijn bijdrage ‘Privaatrechtelijke notities bij de nieuwe Omgevingswet en de daarin op te nemen ontwerp-Aanvullingswet grondeigendom’, *WPNR* 2017/7150. De onderhavige bijdrage is een nadere uitwerking van een deel van die publicatie.

3 Deze ontwerpwet werd in 2016 in consultatie gegeven, waarover J.A.M.A. Sluysmans, *TBR* 2016/148, alsmede A.E.M. Langenhuizen en A. de Snoo, *VGR* 2016-5. De wet werd begin 2019 bij de Tweede Kamer ingediend (*Kamerstukken II* 2018/19, 35 133).

## 2 Gedoogplichten

Laatst genoemde conclusie geldt niet voor de zogenoemde gedoogplichten, omdat de regeling daarvan van de aanvang af reeds werd opgenomen in de Omgevingswet.

Indien onteigening een te zware procedure is, bijvoorbeeld voor de aanleg van een gasleiding in een weiland en partijen niet vrijwillig tot een regeling zijn gekomen, zoals door de vestiging van een recht van opstal of een erfdienstbaarheid ten behoeve van een installatie van de Gasunie, bestaat de procedure die thans nog is geregeld in de Belemmeringenwet privaatrecht.

## 3 De Belemmeringswet Privaatrecht 1927

Op grond van deze wet kan een zogenoemd ‘BP recht’ worden opgelegd; een soort van publiekrechtelijke erfdienstbaarheid of kwalitatieve verplichting.

In de praktijk worden slechts weinig BP-rechten gedwongen opgelegd, omdat veelal tot een minnelijke regeling wordt overgegaan.<sup>4</sup>

Tot 1 januari 1992 werd hierbij de verticale natrekking doorbroken krachtens art. 5 lid 3 van de wet, hetgeen zijn oorzaak vond in de beperkte omschrijving van het recht van opstal in art. 758 oud-BW. Door de ruimere omschrijving in art. 5:101 BW werd deze doorbreking geschrapt, waardoor er echter geen voorziening ten aanzien van de eigendom van het aangelegde werk meer bestaat als er geen minnelijke regeling kan worden getroffen en het BP-recht moet worden opgelegd. (Voor eerdere BP-rechten bepaalt art. 38 Invoeringswet NBW de regels van het recht van opstal van overeenkomstige toepassing).

## 4 Plaats in de Omgevingswet

De wetgeving uit 1927 kent ook enkele andere tekortkomingen, hetgeen heeft geleid tot het voorstel voor de Wet opheffing juridische belemmeringen, waarin behalve de genoemde wet ook enkele andere verouderde regelingen zouden opgaan.<sup>5</sup>

Dit wetsvoorstel heeft geen gevolg gehad omdat alsnog besloten werd de regeling over te brengen naar de Omgevingswet, waar deze kan worden teruggevonden in hoofdstuk 10 ‘Gedoogplichten’, nadat een voorontwerp van de Omgevingswet in 2010 in consultatie was gegeven via de zogenoemde Toetsversie. Overigens een consultatie met weinig gevolg voor dat onderdeel omdat dit gedeelte het minst controversiële hoofdstuk van de ontwerp-wetgeving betrof; alle aandacht richtte zich op de overige onderdelen en het systeem van de wet.

---

4 Zie over toepassing van deze wet in de praktijk E.J.C. Coenen en W. Wijting, *WPNR* 2001/6453, D.M.H.M. van Dijk en F.A. van Lynden, *TvAR* 2017/6, alsmede A. Divis-Stein, *TBR* 2017/157.

5 Zie hierover de brief van de staatssecretaris VROM d.d. 9 februari 2007 aan de Tweede Kamer, TK 2006-2007, 26018 nr. 5, p. 9.

## 5 Aanpassingen in het BW

Inmiddels was in 2007 in het BW een regeling opgenomen voor de eigendom van netten van kabels en leidingen (art. 5:20 lid 2 BW), overigens uitgaande van een minnelijke overeenkomst, terwijl voor graafrechten van telecom-aanbieders een specifieke regeling werd getroffen in de Telecommunicatiewet.<sup>6</sup> Voorts werd bij de invoering van de Warmtewet in 2013 art. 5:58 BW inzake noodwaterleiding uitgebreid tot leidingen voor elektriciteit, gas en warmte die moeten worden gedoogd door eigenaren van nabijgelegen percelen.

Maar voor andere kabels en leidingen dan bedoeld in laatstgenoemde gevallen moet, indien geen minnelijke regeling mogelijk blijkt, nog steeds worden teruggevallen op de verouderde Belemmeringenwet privaatrecht die is gebaseerd op de nutsgedachte, hetgeen vragen oproept. Is een tussen twee fabrieken aan te leggen leiding voor chemicaliën van openbaar belang of algemeen nut?

## 6 Inhoud van de nieuwe regeling

De nieuwe regeling bestaat uit twee afdelingen: de eerste voor gedoogplichten van algemene aard en de tweede voor bijzondere gedoogplichten krachtens een gedoogbeschikking.

In de eerste afdeling zijn gedoogplichten opgenomen die thans nog zijn geregeld in de Mijnbouwwet, de Wet milieubeheer, de Waterwet, de Waterstaatswet, de Wet luchtvaart en de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden.<sup>7</sup>

Een voorbeeld hiervan is het onderhoud van een watergang door het waterschap.

In de tweede afdeling worden de bij beschikking tegen vergoeding op te leggen gedoogplichten geregeld ter vervanging van niet alleen de huidige Belemmeringenwet privaatrecht, maar ook de Wet inzake luchtverontreiniging, alsmede (gedeelten van) de Ontheeningswet, de Waterwet en de Monumentenwet.

De nutsgedachte is vervangen door het begrip ‘werken van algemeen belang’ waarbij kan worden verwezen naar sectorale wetgeving, zoals de Electriciteitswet. De minister beslist of een aan te leggen werk van algemeen belang is, waarna hij een gedoogplicht kan opleggen, aangenomen dat het soort werk niet specifiek in de wet is aangegeven, in welk geval geen aparte beslissing inzake algemeen belang noodzakelijk is.

In de Invoeringswet wordt bepaald dat een bestaande onherroepelijke erkenning van het openbaar belang van een werk als bedoeld in art. 1 Belemmeringenwet privaatrecht zal gelden als grondslag voor het opleggen van een gedoogbeschikking ex art. 10.21 Omgevingswet.

Bezwaar tegen oplegging van een gedoogplicht kan worden gemaakt overeenkomstig de regeling die afdeling 3.4 Awb geeft.<sup>8</sup>

6 Zie B.A.M. Janssen, *Wie heeft de leiding?*, diss. Utrecht 2010 (Kluwer Deventer 2010), p. 220 e.v.

7 In een later stadium zijn ook gedoogplichten krachtens de Wet bodembescherming, de Spoorwegwet en de Wet lokaalspoor- en tramwegen toegevoegd, aldus MvT Omgevingswet, p. 19 e.v.

8 MvT Omgevingswet p. 194 e.v. Nader over de procedurele aspecten J. Robbe, *JBN* 2016/29.

De schadevergoeding is opgenomen in hoofdstuk 15 van de Omgevingswet, dat nader zal worden ingevuld door de Aanvullingswet grondeigendom.

Gehandhaafd is het principe dat geen gedoogplicht mag worden opgelegd als er een zodanige gebruiksbeperking zal optreden dat onteigening - naar verwachting tegen een hogere vergoeding - op zijn plaats is. Op dit onderdeel bestaat enige jurisprudentie, die hierdoor van belang blijft.<sup>9</sup>

## 7 Eigendom en registratie

In art. 10.28 is bepaald dat art. 5:20 lid 2 BW, waarin de eigendom van kabels en leidingen ('netten') wordt geregeld, van toepassing is op een aan te leggen werk, dat wil zeggen dat het werk derhalve eigendom blijft van degene die dit heeft aangelegd. Ofwel een doorknip van de verticale natrekking van art. 5:20 lid 1 BW. Het lijkt uit systematisch oogpunt beter deze bepaling over te brengen naar art. 5:20 lid 2 BW, in aansluiting op de eigendom van netten evan kabels en leidingen.<sup>10</sup>

Dat de in de tweede afdeling geregelde gedoogplichten kunnen worden ingeschreven in de openbare registers wordt niet in de Omgevingswet vermeld, maar dit vloeit voort uit het feit dat het om omgevingsbesluiten (thans Wkpb-besluiten) gaat die vallen onder de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (Wkpb). In verband met de kenbaarheid voor derden - onder wie beslagleggers, hypotheekhouders en rechtsopvolgers onder bijzondere titel - is een spoedige publicatie uiteraard bijzonder wenselijk.<sup>11</sup>

## 8 Minnelijke regeling

Het vorenstaande laat overigens de blijvende bevoegdheid van betrokkenen om een minnelijke regeling naar burgerlijk recht te treffen in tact.<sup>12</sup> De wet gaat daarvan ook uit: de gedoogplicht komt eerst in zicht als een minnelijke regeling niet mogelijk is gebleken.<sup>13</sup>

Zo kunnen in het voorbeeld van de leiding door het weiland de eigenaar daarvan en de Gasunie, in plaats van een erfdienstbaarheid, met elkaar een kwalitatieve verplichting ex art. 6:252 BW overeenkomen tot het dulden en onderhouden van de aan te leggen leiding die zal worden geregistreerd als onderdeel van een net in de zin van art. 5:20 lid 2 BW.

---

9 MvT Omgevingswet p. 525. Zie als zeldzaam voorbeeld Afd. rechtspraak RvS 24 juli 2013, *TBR* 2013/49, m. nt. Sluysmans (later vernietigd).

10 In deze zin J.F. de Groot et al. *TBR* 2013/94, p. 647, alsmede B.A.M. Janssen in KNB-preadvies *Boek 5 BW van de toekomst* (Sdu Den Haag 2016), p. 211. Zie ook het ontwerpvoorstel voor art. 5:20a lid 4 BW gedaan door B.A.M. Janssen en L.W.J. Hoppenbrouwers in *WPNR* 2019/7227, p. 137.

11 Zie art. 3 Wkpb. Volgens art. 14 Wkpb zijn de art. 3:24 lid 5 en 26 BW niet van toepassing.

12 Volgens MvT Omgevingswet p. 191 is dat in het merendeel het geval.

13 MvT Omgevingswet p. 524.

Ook kan een appartementseigenaar met een elektriciteitsmaatschappij een overeenkomst aangaan tot het vestigen van een recht van opstal voor het oprichten van een transformatorgebouwtje in zijn achtertuin.<sup>14</sup>

In het eerste geval blijft de eigendom van het werk bij de aanlegger krachtens art. 5:20 lid 2 BW; in het tweede geval op grond van art. 5:101 BW.

Naar verwachting zal in beide gevallen door de aanlegger van het werk aan de grondeigenaar een bedrag worden betaald dat gerelateerd is aan de vergoeding die gaat gelden voor het opleggen van een gedoogplicht.

## 9 Aanvullende regelingen

Bij de Aanvullingswet grondeigendom worden nog zes artikelen toegevoegd aan afdeling 10 van de Omgevingswet, te weten art. 10.10a, 10.10b en 10.10c inzake voorbereidende werkzaamheden voor landinrichting, art. 10.10d en 10.10e met gedoogplichten bij herverkaveling, alsmede art. 10.10f betreffende voorbereidende werkzaamheden voor onteigening, zoals opmetingen en graafwerkzaamheden.

## 10 Afsluitende opmerkingen

Al met al kan worden geconstateerd dat de verouderde regeling inzake BP-rechten op diverse onderdelen is verbeterd en dat opnemings in de Omgevingswet alleen al om die reden moet worden toegejuicht.

Ten aanzien van de kenbaarheid van gedoogbeschikkingen kan nog enige verbetering worden bereikt, in het bijzonder door aanpassing van art. 15 Wkpb door verkorting van de termijn van inschrijving (vier dagen); het is uiteraard voor derden van groot belang dat zij daarvan zo spoedig mogelijk op de hoogte kunnen zijn door raadpleging van het kadaster en de openbare registers. Gedoogplichten kunnen immers een belangrijke inperking van de eigendom meebrengen. Zo zal de gedoogplicht tot het hebben en onderhouden van een ondergrondse hogedrukgasleiding feitelijk tot een bouwverbod van de grondeigenaar en diens rechtsopvolgers leiden. Mede om die reden wordt voor de aanleg van zogenoemde leidingenstraten veelal teruggevallen op verkrijging van de volle eigendom via minnelijke verkrijging of onteigening.<sup>15</sup>

Tot slot nog een persoonlijke opmerking. Zo'n twintig jaar heb ik samen met Jan het vak grondgebruik mogen doceren, waarbij hij zorg heeft gedragen voor de publiekrechtelijke aspecten en ik mij kon beperken tot het privaatrecht. Tot mijn grote opluchting heeft Jan daarbij van de aanvang gezorgd voor de administratieve begeleiding, zoals het organiseren van de schriftelijke tentamens en het berekenen van de uiteindelijke cijfers. Daarnaast heb ik met Jan prettig samengewerkt in de redactieraad van BR/TBR. Voor dit alles dank ik hem van harte.

14 Art. 5:118a BW, ingevoerd in 2005, waarover F.J. Vonck in hoofdstuk 5 van *Appartementsrecht en aanverwante rechtsfiguren*, preadvies Ver. voor Bouwrecht 2016.

15 Andere redenen zijn veiligheid, leiding-eigendom, onderhoud en uitbreiding. Een voorbeeld is de leidingenstraat tussen de havengebieden van Antwerpen en Rotterdam. Zie eerder genoemde diss. B.A.M. Janssen, p. 29.



# Grensoverschrijdende ondergrondse kabels en leidingen

*Prof. mr. P. (Paul) Vlas*

## 1 Ordening

Het vakgebied van het omgevingsrecht, waarop Jan Struiksma excelleert, heeft weinig raakvlakken met mijn vakgebied van het internationaal privaatrecht (IPR). Toch bestaat er wel een raakvlak wat het doel van de beide rechtsgebieden betreft. Het omgevingsrecht heeft betrekking op de ruimtelijke ordening, terwijl het IPR ordening brengt in het internationale rechtsverkeer tussen de verschillende rechtsstelsels: welk recht is op een internationale rechtsverhouding van privaatrechtelijke aard van toepassing, welke rechter is bevoegd om van een internationaal geschil kennis te nemen en kan een buitenlands civielrechtelijk vonnis in Nederland worden erkend en tenuitvoergelegd?<sup>1</sup> Zoals ik Jan Struiksma zo'n 25 jaar geleden heb leren kennen, houdt hij wel van ordening, maar dan niet een ordening omwille van de ordening, maar een ordening met recht en reden. In de periode dat ik decaan van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU was (1999-2005), maakte Jan deel uit van het faculteitsbestuur als portefeuillehouder Onderwijs. Hij vervulde zijn taken nauwgezet en geordend, stak zijn mening nooit onder stoelen of banken, maar kon ook ruiterlijk toegeven dat hij zich had vergist. Dat laatste maakt Jan ook bijzonder. Er zijn slechts weinig bestuurders die nadat zij van medebestuurders (of van anderen) beargumenteerde tegenspraak krijgen, hun mening kunnen bijstellen. Voor mijn bijdrage aan deze aan Jan Struiksma opgedragen vriendenbundel heb ik getracht een verbinding tussen onze vakgebieden te leggen. Die verbinding moet grensoverschrijdend zijn - want anders speelt het IPR geen rol - en heb ik gevonden in kabels en leidingen die over landsgrenzen heen worden gelegd. Alvorens in te gaan op het IPR-goederenrecht ten aanzien van grensoverschrijdende kabels en leidingen, besteed ik eerst kort aandacht aan het IPR-goederenrecht in het algemeen (par. 2) en aan de vraag naar de aansprakelijkheid bij schade die aan ondergrondse kabels en leidingen is toegebracht (par. 3). Daarna besteed ik in par. 4 nog kort aandacht aan een actueel probleem: de goederenrechtelijke positie van onderzeese kabels en leidingen.

## 2 Algemeen goederenrechtelijk IPR-regime

Het IPR bestaat bij de gratie van de verschillen tussen het privaatrecht van de diverse nationale rechtsstelsels. Iedere soevereine staat kent immers zijn eigen recht en zijn eigen

---

<sup>1</sup> Zie over het doel van het IPR: Th.M. de Boer, *'Een zoo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening'. Vragen rond de bestaansgrond van het internationaal privaatrecht*, KNAW, Amsterdam/New York/Oxford/Tokyo: Noord-Hollandse 1996.



regels van IPR. Het Nederlandse IPR is voor een groot deel te vinden in verdragen en in EU-verordeningen. Buiten de gelding van de verdragen en de verordeningen gelden de bepalingen van Boek 10 BW en, voor het bepalen van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, art. 1-14 Rv. Voor het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken gelden geen verdragen en verordeningen, buiten enige bijzondere verdragen ten aanzien van teboekgestelde schepen en luchtvaartuigen, die ik buiten beschouwing laat.

De hoofdregel van het IPR goederenrecht is te vinden in art. 10:127 lid 1 BW: het goederenrechtelijke regime van een zaak wordt beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt.<sup>2</sup> Deze conflictregel verwijst dus naar de *lex rei sitae*, de wet van de plaats van ligging van de zaak. Dit recht bepaalt onder meer of een zaak roerend of onroerend is, wat een bestanddeel van een zaak is, welke rechten op een zaak kunnen rusten, welke eisen aan een overdracht van de eigendom of de vestiging van een recht op een zaak worden gesteld (art. 10:127 lid 2 BW). Dat de *lex rei sitae* op goederenrechtelijke kwesties met betrekking tot zaken wordt toegepast, is onomstreden en ook internationaal algemeen aanvaard. Deze conflictregel was reeds neergelegd in art. 7 Wet AB 1829<sup>3</sup>, werd in 2008 overgeheveld naar art. 2 van de Wet conflictenrecht goederenrecht<sup>4</sup> om met ingang van 1 januari 2012 te belanden in art. 127 van Boek 10 BW.<sup>5</sup>

Ten aanzien van onroerende zaken doen zich in de praktijk weinig problemen van IPR voor. In het verleden heb ik de conflictregel van de *lex rei sitae* 'zo vast als een huis' genoemd en er is in dat opzicht niets veranderd.<sup>6</sup> Wanneer vragen van IPR ten aanzien van onroerende zaken rijzen, betreft het veelal kwesties inzake de rechtsmacht van de rechter, bijvoorbeeld de vraag of de Nederlandse rechter onder de 'herschikte' EEX-Verordening<sup>7</sup> bevoegd is kennis te nemen van een vordering tot het verlenen van medewerking aan de vestiging van hypotheek op een in het buitenland gelegen onroerende zaak.<sup>8</sup>

In het IPR is het goederenrechtelijke regime van roerende zaken veel lastiger te bepalen, omdat roerende zaken naar hun aard nu eenmaal verplaatsbaar zijn en daarmee de landsgrenzen kunnen overschrijden. Weliswaar geldt art. 10:127 BW ook voor roerende zaken en wordt het goederenrechtelijke regime daarvan óók door de wet van de plaats van ligging bepaald, maar bij verplaatsing van de roerende zaak van de ene staat naar de

---

2 Zie hierover in het algemeen: L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 157-159; F. Ibili, *Goederenrecht*, Praktijkreeks IPR, deel 10, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2014, nr. 16-20.

3 Wet van 15 mei 1829 'houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk', *Stb.* 1829, 28 (nadien gewijzigd).

4 Wet van 25 februari 2008 'houdende regeling van het conflictenrecht betreffende het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken, vorderingsrechten, aandelen en giraal overdraagbare effecten', *Stb.* 2008, 70.

5 Zie over Boek 10 BW ook: P. Vlas, *IPR en BW*, Monografieën BW, deel A 27, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

6 Zie P. Vlas, 'Over hypotheek op in het buitenland gelegen onroerend goed', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *85 jaar Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken*, Deventer: Kluwer 1991, p. 239.

7 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

8 Zie hierover ook P. Vlas, 'EEX en onroerend goed', in: J. Struiksma e.a. (red.), *Vast en goed*, Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. A.A. van Velten ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag en zijn defungeren als notaris, Deventer: Kluwer 2003, p. 291-306.

andere rijst de vraag welke *lex rei sitae* van toepassing is: de oorspronkelijke wet van ligging of de nieuwe wet van ligging na de verplaatsing? In het IPR is dan sprake van een wijziging van het concrete aanknopingspunt: de conflictregel verwijst naar de wet van de plaats van ligging, maar welke plaats dan? De aanknopingsfactor (plaats van ligging) die de conflictregel hanteert om het toepasselijke recht te bepalen is niet gewijzigd, maar de plaats van ligging zelf waardoor een andere landswet van toepassing wordt. Hier is sprake van een 'conflict mobile', één van de overgangsrechtelijke problemen die zich in het IPR kunnen voordoen, naast wijziging van de conflictregel en wijziging van het door de conflictregel aangewezen toepasselijke materiële recht.<sup>9</sup>

Art. 10:130 BW geeft voor het probleem van het 'conflict mobile' de oplossing: de rechten die op de roerende zaak rechtsgeldig overeenkomstig de wet van de oorspronkelijke ligging zijn verkregen, blijven daarop rusten, ook al wordt de zaak verplaatst naar een andere staat. Maar kunnen deze rechten in de nieuwe staat van ligging geldend worden gemaakt? In veel gevallen zal de effectuering van de rechten die onder de oorspronkelijke wet van de ligging zijn verkregen, niet in strijd komen met het goederenrecht van de nieuwe staat van ligging. Zo zal bijvoorbeeld een eigendomsrecht naar Nederlands recht niet wezenlijk verschillen van een eigendomsrecht naar het recht van de ons omringende landen, maar bij andere goederenrechtelijke rechten behoeft die equivalentie niet te bestaan. Een recht van vruchtgebruik kan in het ene rechtstelsel een andere omvang hebben dan in het andere rechtstelsel. De kwestie hangt ook nauw samen met het gesloten stelsel van zakelijke rechten. Wat in het ene rechtstelsel als zakelijk recht wordt beschouwd, kan in een ander rechtstelsel als persoonlijk recht gelden. Ook voor dit probleem geeft art. 10:130 de oplossing: de rechten die onder de oorspronkelijke *lex rei sitae* zijn verkregen, blijven op de zaak rusten, maar de effectuering daarvan in de staat van de nieuwe ligging kan niet plaatsvinden op een wijze die onverenigbaar is met het recht van die staat.<sup>10</sup>

### 3 Schade aan kabels en leidingen

In Nederland worden kabels en leidingen zo veel mogelijk ondergronds gelegd, omdat de bovengrondse ruimte in Nederland nu eenmaal beperkt is. Ondergrondse netwerken zijn ook minder kwetsbaar. Volgens gegevens van de Rijksoverheid ligt er in Nederland voor 1.7 miljoen km aan ondergrondse kabels en leidingen. Door het uitgebreide netwerk neemt bij graafwerkzaamheden de kans op schade aan ondergrondse kabels en leidingen toe, zeker in de toekomst wanneer de energietransitie moet worden gerealiseerd. In 2017 heeft in zo'n 33.000 gevallen schade plaatsgevonden. De schade voor het bedrijfsleven werd op € 25 miljoen geschat.<sup>11</sup>

De 'grondroerder' kan voor de schade aansprakelijk worden gesteld op basis van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). In Nederland is het vaste rechtspraak dat de grond-

9 Zie in het algemeen: I.S. Joppe, *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint, 1987.

10 Zie o.a. X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen, A.P.M.J. Vonken), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal Privaatrecht. Deel III. Internationaal Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 499-500.

11 Gegevens te vinden op <[www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/bodem-en-ondergrond/graafschade](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/bodem-en-ondergrond/graafschade)>.

roerder bedacht dient te zijn op de aanwezigheid van kabels en leidingen. Op de grondroerder rust een onderzoekplicht met betrekking tot de feitelijke ligging van die kabels en leidingen. De verplichtingen van de grondroerder zijn thans neergelegd in de 'Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken'.<sup>12</sup> Zo is de grondroerder verplicht bij de Dienst voor het kadaster en de openbare registers leidinginformatie op te vragen. De genoemde wet bevat publiekrechtelijke normen en voorziet niet in een civielrechtelijk aansprakelijkheidsregime. De aansprakelijkheid wordt beheerst door het 'gewone regime' van art. 6:162 BW. Toch kan de 'Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken' relevant zijn voor de privaatrechtelijke verhouding tussen de netbeheerder en de grondroerder, omdat door de regels inzake de verdeling van de verantwoordelijkheid duidelijker tot uitdrukking komt wie op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk kan worden gesteld bij schade aan kabels en leidingen.<sup>13</sup>

Wordt door een buitenlands bedrijf als grondroerder schade veroorzaakt aan in Nederland gelegen kabels en leidingen, dan speelt het IPR weer een rol om te bepalen welk recht op de gepleegde onrechtmatige daad van toepassing is. Deze materie wordt beheerst door de Verordening Rome II.<sup>14</sup> Art. 4 lid 1 Verordening Rome II bepaalt dat - behoudens enige uitzonderingen die hier niet van belang zijn - een onrechtmatige daad wordt beheerst door het recht van het land waar de schade zich voordoet, zodat Nederlands recht van toepassing is op de vordering tot vergoeding van de schade die aan in Nederland gelegen kabels en leidingen is toegebracht. De buitenlandse grondroerder die in Nederland graafwerkzaamheden verricht, zal zich bij zijn activiteiten moeten houden aan de hier te lande voor grondroerders geldende publiekrechtelijke normen. Dit laatste geldt ongeacht het recht dat op de met de buitenlandse grondroerder gesloten overeenkomst van toepassing is. Denkbaar is dat op zo'n overeenkomst krachtens rechtskeuze op grond van art. 3 Verordening Rome I buitenlands recht van toepassing is verklaard.<sup>15</sup> De keuze voor buitenlands recht betekent niet dat de grondroerder zich niet zou behoeven te houden aan de in Nederland voor grondroerders geldende publiekrechtelijke normen. De 'Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken' kan worden beschouwd als een regeling van 'bijzonder dwingend recht' in de zin van art. 9 Verordening Rome I en van art. 16 Verordening Rome II, die het geval dwingend beheersen los van het overigens op de rechtsverhouding geldende recht. In het IPR wordt ook wel gesproken van 'voorangsregels' of 'règles d'application immédiate'. De informatieplicht die op grondroerders bij graafwerkzaamheden in Nederland rust, kan ook worden gezien als een veiligheidsvoorschrift in de zin van art. 17

---

12 Wet van 21 februari 2018, *Stb.* 2018, 73, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 11 april 2019, *Stb.* 2018, 120. Deze wet vervangt de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse wetten (WION, ook wel aangeduid als de 'Grondroerdersregeling').

13 Zie HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772, *TBR* 2018/110, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans; vgl. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2364 (beroep verworpen met toepassing van art. 81 lid 1 RO).

14 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40.

15 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177/6.

Verordening Rome II, waarmee rekening moet worden gehouden, ongeacht het op de graafwerkzaamheden toepasselijke recht.

## 4 IPR-goederenrecht voor kabels en leidingen

Welk recht is van toepassing op het goederenrechtelijke regime van grensoverschrijdende kabels of leidingen? Bij gebreke van geldende verdragen en/of verordeningen op dit gebied, geldt voor het Nederlandse IPR het goederenrechtelijke regime van art. 10:127 BW. Wordt een leiding die in Duitsland begint, die vervolgens ondergronds de grens met Nederland overschrijdt en verder in Nederland ligt, beheerst door Duits recht of door Nederlands recht, of door beide rechtstelsels? In de literatuur is wat het IPR-goederenrecht betreft de vraag aan de orde gesteld of de zogenaamde ‘afsluiterleer’ kan worden toegepast.

De ‘afsluiterleer’ hangt samen met art. 5:20 lid 2 BW, waarin is bepaald dat de eigendom van een net, bestaande uit een of meer kabels of leidingen, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of informatie, dat in, op of boven de grond van anderen is of wordt aangelegd, toekomt aan de bevoegde aanlegger van dat net dan wel aan diens rechtsopvolger. Art. 5:20 lid 2 BW doorbreekt de natrekkingsregel van het eerste lid van art. 5:20 BW. De ‘afsluiterleer’ houdt in dat verschillende leidingen binnen een netwerk ieder als zelfstandige zaak kunnen worden beschouwd, wanneer er sprake is van een redelijk kenbare afscheiding.<sup>16</sup> De ‘afsluiterleer’ is dus een opvatting die naar Nederlands recht kan worden aanvaard om te voorkomen dat twee (of meer) leidingen als één geheel worden beschouwd.

Voor het IPR is deze opvatting niet bruikbaar. Of de ‘afsluiterleer’ kan worden gehanteerd, hangt in internationale gevallen immers af van de vraag welk recht op de goederenrechtelijke verhouding van toepassing is. Het goederenrechtelijke regime van ondergrondse kabels en leidingen wordt op grond van art. 10:127 lid 1 BW beheerst door de wet van het land van ligging van die kabels en leidingen. Dit betekent dat in het hierboven gegeven voorbeeld op het in Nederland gelegen deel van de grensoverschrijdende leiding Nederlands recht van toepassing is en Duits recht op het in Duitsland gelegen deel van de leiding. Wat het Nederlandse recht betreft, geldt art. 5:20 lid 2 BW en is de grondeigenaar geen eigenaar geworden van de zich in zijn grond bevindende kabels en leidingen.

Kan er eventueel sprake zijn van horizontale natrekking in die zin dat onder omstandigheden het in Nederland gelegen deel van de leiding wordt beschouwd een bestanddeel van de in Duitsland gelegen leiding te zijn, of omgekeerd de Duitse leiding als een bestanddeel van de Nederlandse? Zou hierbij de ‘afsluiterleer’ een rol kunnen spelen? In het geval dat de Nederlandse en de Duitse leidingen een kenbare afscheiding hebben, zijn zij afsluitbaar en kunnen zij in dat geval niet horizontaal worden nagetrokken. Zou geen kenbare afscheiding aanwezig zijn, dan zou horizontale natrekking mogelijk zijn. Maar welk recht bepaalt nu in een grensoverschrijdend geval of horizontale natrekking

<sup>16</sup> Zie hierover L.W.J. Hoppenbrouwers, K.A. de Groot en M.M.G.B. van Drunen, ‘Beperking van de horizontale natrekking bij landsgrensoverschrijdende opstallen en netwerken’. *MvV* 2017/12, p. 328-337, met verdere verwijzingen.

mogelijk is? Hier is een cumulatieve toepassing van de beide situswetten vereist. Wanneer in het ene rechtsstelsel horizontale natrekking wel mogelijk is en in het andere rechtsstelsel niet, ontstaat een hinkende rechtsverhouding: de oplossing die in het ene rechtsstelsel wordt bereikt, zal in het andere rechtsstelsel niet worden erkend. De eigendom die door de horizontale natrekking is ontstaan, laat zich dan niet effectueren. Het is dus onvermijdelijk om beide rechtsstelsels van ligging van het netwerk toe te passen om te bezien of horizontale natrekking mogelijk is en zo ja, of zij dan beide tot hetzelfde resultaat leiden. Mijn conclusie is dan ook dat de eigendom van grensoverschrijdende kabels en leidingen steeds aan de hand van iedere betrokken wet van ligging afzonderlijk moet worden bepaald.<sup>17</sup>

## 5 ‘Buitengaats’ gelegen kabels en leidingen

In Nederland is de aanleg van windparken op de Noordzee een actueel onderwerp in het licht van de energietransitie en de doelstellingen met het oog op de klimaatverandering. Er zijn momenteel vier actieve windparken op de Noordzee, terwijl voorzien is in de aanleg van nog vijf windparken, waarvan de laatste in 2023 gereed moet zijn. In dat jaar moeten de windmolens 3,1 % van alle energie in Nederland leveren.<sup>18</sup> Aanleg van windparken in de Noordzee - beter gezegd op het Nederlandse gedeelte van het continentaal plat - geeft aanleiding tot vragen van IPR, óók ten aanzien van de kabels en leidingen die nodig zijn voor het transport van de aldus opgewekte energie. Welk goederenrecht is van toepassing op deze kabels en leidingen op de bodem van de Noordzee? De vraag is voer voor juristen.<sup>19</sup> Het antwoord zou eenvoudig Nederlands recht kunnen zijn, wanneer de kabels en leidingen uitsluitend binnen de Nederlandse territoriale wateren zouden zijn gelegen, maar dat is niet het geval: de windparken liggen op het Nederlandse deel van het continentaal plat. Geldt ook dan Nederlands recht als de *lex rei sitae* op grond van art. 10:127 lid 1 BW?

In 1958 kwam het Verdrag van Genève inzake het continentale plateau tot stand.<sup>20</sup> Art. 2 van dit verdrag bepaalt dat de kuststaat de soevereine rechten uitoefent ter exploratie en exploitatie van natuurlijke rijkdommen van het plateau. Ingevolge art. 4 mag de kuststaat het leggen van onderzeese kabels of pijpleidingen op het continentale plateau niet belemmeren. Installaties en inrichtingen vallen onder de rechtsmacht van de kuststaat, aldus art. 5 lid 4 van het verdrag. In 1982 is in het kader van de Verenigde Naties het Verdrag inzake het recht van de zee (hierna: VN Zeerechtverdrag) gesloten.<sup>21</sup> Art. 311 VN Zeerechtverdrag regelt de verhouding tot bestaande verdragen, in het bijzonder

---

17 Zie ook Hoppenbrouwers, De Groot en Van Drunen, a.w., p. 337, die er nog op wijzen dat het daardoor mogelijk is ‘het in Nederland gelegen deel van een grensoverschrijdende leiding als zelfstandig netwerk te registreren zonder dat zich op de landsgrens een installatie bevindt’.

18 Gegevens ontleend aan <[www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/duurzame-energie/windenergie-op-zee](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/duurzame-energie/windenergie-op-zee)>.

19 Zie A.R.P.M. Davits en M.M.G.B. van Drunen, ‘Goederenrechtelijke aspecten van offshore windparken’, *WPNR* (2017) 7135, p. 101-105; E.J. Vonck en R. Bos, ‘Eigendom van offshore windparken’, *WPNR* (2018) 7212, p. 792-800, met reactie van L.W.J. Hoppenbrouwers en K.A. de Groot, *WPNR* (2019) 7224, p. 71-72, gevolgd door een naschrift van Vonck en Bos, *WPNR* (2019) 7224, p. 73-76.

20 Verdrag gesloten te Geneve op 28 april 1958, *Trb.* 1959 (Franse en Engelse authentieke teksten, Nederlandse vertaling).

21 Verdrag gesloten te Montego-Bay op 10 december 1982, *Trb.* 1983, 83 (Engelse en Franse authentieke teksten), *Trb.* 1984, 55 (Nederlandse vertaling).

tot het Verdrag inzake het continentale plateau. Deze verhouding komt, kort gezegd, erop neer dat het VN Zeerechtverdrag voorrang heeft boven het Verdrag inzake het continentale plateau, maar uiteraard alleen voor zover het onderwerpen betreft die in beide verdragen zijn geregeld.

Het VN Zeerechtverdrag bevat in Deel VI bepalingen over het continentaal plat (art. 76-85), die niet wezenlijk afwijken van die van het eerdere Verdrag van Genève.<sup>22</sup> Ook in het VN Zeerechtverdrag is in art. 79 lid 4 bepaald dat het verdrag geen afbreuk doet aan de rechtsmacht van de kuststaat 'over kabels en pijpleidingen, aangelegd of gebruikt in verband met de exploratie van zijn continentale plat of de exploitatie van de rijkdommen daarvan of de werkzaamheden van kunstmatige eilanden, installaties en inrichtingen die zich onder zijn rechtsmacht bevinden'. De term 'rechtsmacht' moet hier niet in de internationaal-privaatrechtelijke betekenis worden opgevat - dan gaat het uitsluitend om de bevoegdheid van de rechter om van een internationaal geschil kennis te nemen - maar in de betekenis van het volkenrecht: de kuststaat oefent over dat gedeelte van het continentale plat zijn soevereine rechten uit.

Zie ik het goed, dan is er vanuit het internationaal recht geen enkel bezwaar om installaties, inrichtingen, kabels en leidingen die zich bevinden op of boven het gedeelte van het continentale plat van de desbetreffende kuststaat en die worden gebruikt in verband met de exploratie van dat deel of de exploitatie van de natuurlijke rijkdommen van dat deel, te laten beheersen door het recht van die kuststaat.<sup>23</sup> Anders gezegd, het goederenrechtelijke regime van onderzeese kabels en leidingen op het Nederlandse deel van het continentaal plateau wordt ingevolge art. 10:127 lid 1 BW beheerst door Nederlands recht. Het goederenrechtelijke regime van onderzeese kabels en leidingen die liggen op het deel van het continentaal plateau van andere kuststaten wordt door het recht van die andere staten beheerst. In dat geval is er geen verschil met bovengrondse grensoverschrijdende kabels en leidingen. Ik ben dan ook van mening dat het onjuist is het Nederlandse goederenrecht 'territoriaal te limiteren tot aan de grens van de Nederlandse territoriale zee' en de oplossing te zoeken 'in het van toepassing verklaren van bepaalde concepten uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek'.<sup>24</sup> Wij behoeven ons niet in allerlei juridische bochten te wringen: Nederlands recht is toepasselijk als het recht van de met de exploratie en exploitatie verbonden kuststaat op grond van art. 10:127 lid 1 BW.<sup>25</sup> Met andere woorden, kabels en leidingen die naar Nederland zijn gelegd vanaf de windparken die zich op het Nederlandse deel van het continentaal plat bevinden, worden goederenrechtelijk door Nederlands recht beheerst. De in de literatuur verde-

22 Zie ook Alex Oude Alferink en Alfred Soons, 'Recht van de Zee', in: Nathalie Horbach, René Lefeber, Olivier Ribbelink, *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 717.

23 Aldus reeds H.L.J. Roelvink, 'Het continentaal plat als IPR-aanknopingspunt', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op Recht*, bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 280.

24 Zoals bepleit door Hoppenbrouwers en De Groot in hun eerder genoemde reactie, *WPNR* (2019) 7224, p. 72.

25 De kwestie is aan de orde gekomen in een op 12 december 1990 door de Staatscommissie IPR uitgebracht advies 'De wetgevende jurisdictie van Nederland op het Nederlandse deel van het continentaal plat buiten de territoriale zee', in: E.N. Frohn, E. Hennis (red.), *Naar een afgewogen IPR, Staatscommissie IPR, Geselecteerde adviezen*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1995, p. 245-251.

digde stelling dat windparken op het Nederlandse deel van het continentaal plat 'niet automatisch onder het Nederlandse goederenrechtelijke regime vallen', zou ik dus niet willen onderschrijven.<sup>26</sup>

## **6 Recht door zee**

De materie van het goederenrechtelijke regime van grensoverschrijdende kabels en leidingen is weerbarstig. De praktijk zoekt naarstig naar rechtszekerheid op dit terrein. Tal van nieuwe oplossingen worden bedacht, zoals de uitgifte van waardepapieren voor zaken die bestemd zijn om zich voor onbepaalde tijd buiten de territoriale wateren te bevinden.<sup>27</sup> In plaats van dergelijke wat gekunstelde oplossingen, die weer allerlei andere vragen oproepen, is ordening nodig: waar het gaat om, welke bestaande regels zijn er en kan daarin een oplossing worden gevonden? Zo'n aanpak past bij Jan Struiksma: duidelijk en recht door zee.

---

26 Zie R.A.B. Cobussen, 'Waardepapier en windparken', *WPNR* (2019) 7223, p. 58.

27 Cobussen, a.w., p. 54-58.

# ‘Land van duizend meningen’

## Over publieksparticipatie in de Omgevingswet

*Mr. A.G.J. (Arent) van Wassenauer*

### 1 Inleiding

In 1996 zongen Fluitsma en Van Tijn hun lied ‘15 miljoen mensen’.<sup>1</sup> De volgende passages daaruit zijn in het kader van het werkgebied van Jan Struiksma best relevant:

‘Land van duizend meningen  
Het land van nuchterheid...’

Die passage zegt iets over de veelkleurigheid van meningen en opvattingen, van belangen ook, waarmee beleidsbepalers maar rekening te hebben te houden bij het voorbereiden van hun projecten. Meer toegespitst op het omgevingsrecht is ook dit gedeelte uit het lied de moeite waard:

‘15 Miljoen mensen  
Op dat hele kleine stukje aarde  
Die schrijf je niet de wetten voor  
Die laat je in hun waarde  
15 Miljoen mensen  
Op dat hele kleine stukje aarde  
Die moeten niet 't keurslijf in  
Die laat je in hun waarde’

Ook al zijn we inmiddels met bijna 17,3 miljoen inwoners<sup>2</sup>, de problematiek is er niet minder om. In zijn bijdrage aan het TBR uit 2017 citeert Jan Struiksma<sup>3</sup> in dit kader dan ook instemmend de Afdeling Rechtspraak Raad van State die er op wijst dat:

‘...de complexiteit van het omgevingsrecht voor een wezenlijk deel wordt bepaald door de specifieke geografische, demografische, economische en ecologische kenmerken van Nederland. Deze kenmerken brengen mee dat binnen de beperkt beschikbare ruimte recht moet worden gedaan aan uiteenlopende en vaak concurrerende belangen, behoeften en voorkeuren zoals een veilige en gezonde leefomgeving, voldoende en passende woningen, een duurzame economische ontwikkeling voor landbouw, industrie en dienstensector, alsmede de bescherming van natuurwaarden waarvoor Nederland een bijzondere verantwoordelijkheid draagt...’<sup>4</sup>

---

1 Jochem Fluitsma, Eric van Tijn, Frank Pels (tekst), *15 miljoen mensen*.

2 <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/01/voor-derde-jaar-op-rij-100-duizend-inwoners-erbij>.

3 Jan Struiksma, Canon van het bouwrecht: de Wabo als tussenstation, *TBR* 2017/192.

4 Advies Afdeling advisering van de Raad van State 25 januari 2012, nr.W14.11.0341/IV, p. 13.



En vervolgens concludeert Jan in diezelfde bijdrage dat van het verlangen om de burger - het publiek dus - centraal te stellen nooit iets terecht is gekomen. Een dergelijke hartenkreet uit Jan ook in zijn column in TBR 2018/100 waarin hij zich in de eerste plaats afvraagt hoe het zo uit de hand heeft kunnen lopen met het Digitale Stelsel Omgevingswet (DSO) om uiteindelijk te concluderen dat dit - natuurlijk voor die centraal gestelde burger bedoelde - DSO het helemaal niet makkelijker maakt voor de gebruikers. We weten volgens Jan niet eens wie die gebruikers zijn. In plaats daarvan wordt de in 2017 ingestelde Strategische Klankbordgroep Digitalisering Omgevingswet niet bevolkt door potentiële gebruikers, maar *'...door repeatplayers in het openbaar bestuur, die naar voren worden geschoven als agenda's bewaakt moeten worden.'* aldus Jan.<sup>5</sup>

## **2 Belangenafweging**

Ook uit de door Jan geciteerde overwegingen van de Raad van State volgt - wat we allemaal natuurlijk ook wel weten - dat de toedeling van omgevingsruimte ten behoeve van plannen en projecten een kwestie is van afweging van concurrerende belangen op een beperkte ruimte. Die ruimte heeft dan ook nog eens een aantal bijzondere eigenschappen die er toe leiden dat niet alle soorten activiteiten op iedere plek mogelijk zijn. Hoe breng je ordening in die 'maatschappelijke dynamiek en pluriformiteit van belangen'? Hoe bepaal je welk belang prevaleert. Hoe weeg je belangen? Hoe bevorder je creatieve processen die hopelijk oplossingen kunnen vinden voor schijnbaar onverenigbare belangen?

En wat is daarin de rol van de omgevingsjurist? Stelt hij slechts de normen, de bestuursrechtelijke kaders, vast en toetst hij vervolgens daaraan de voorliggende plannen? Of is hij één met de sociaal geografen, planologen, stedenbouw- en landschapskundigen, cultureel antropologen, sociologen, gebiedseconomen, investeerders, ontwikkelaars, bouwers, financiers, boeren, bestuurders, ambtenaren en - uiteindelijk - de politici die samen bepalen hoe de belangen worden afgewogen, hoe de hazen zullen lopen, hoe het plan komt te luiden en hoe het project uiteindelijk zal worden gebouwd?

Een goede oplossing, een ontknoping voor al die samengebalde belangen, is overigens alleen mogelijk als de juiste vraag, met de juiste 'sense of urgency' voorligt. De vraag is dus eigenlijk: hoe articuleer je de juiste vraag en hoe overtuig je de belanghebbenden dat die vraag eigenlijk hun vraag is? Met andere woorden: hoe kom je tot een gevoel van eigenaarschap bij zoveel mogelijk belanghebbenden? En in het verlengde daarvan: op wiens bordje ligt dit?

Dat het nodig is om, wil een project ook in de ogen van de 'omgeving' succesvol zijn, betrokkenheid van en draagvlak bij die omgeving bij ontwerp en ontwikkeling van een project als eerste vereiste te respecteren, daarmee zal iedereen het eens zijn. Hoe laat je de betrokken stakeholders, het publiek, op zinvolle wijze participeren bij de voorbereiding van een plan? Hoe pleeg je zinvol 'omgevingsmanagement', of beter nog: zinvolle publieksparticipatie? In het nu nog geldende stelsel van omgevingsrechtelijke regels, is die omgevingsbetrokkenheid vooral een beperkende: door het meedoen aan voorlichtings-

---

5 Jan Struiksma, Digitaal Stelsel Omgevingswet: iedereen doet mee, maar de gebruiker blijft buiten beeld, *TBR* 2018/100.

bijeenkomsten, indienen van zienswijzen, maken van bezwaar, instellen van beroep en het vragen van voorlopige voorzieningen, kunnen omgevingspartijen hun ongenoegen over het voorliggende plan kenbaar maken, en niet hun bewondering. Misschien dat het plan aan hun wensen wordt aangepast, misschien ook niet. Maar het gaat daarbij steeds om hun individuele belang tegen het gestelde algemene belang van zo een project. Een dergelijke vorm van publieksparticipatie leidt niet tot eigenaarschap maar tot, wat de Engelsen noemen: 'disenfranchising', vervreemding, afstoting.

### 3 De nieuwe Omgevingswet

We staan aan de vooravond van de invoering (in 2021) van de nieuwe Omgevingswet, in 2016 door Jan Struiksmā nog met *'een bewonderend zwijgen'* begroet.<sup>6</sup> In die Omgevingswet zal de rol van de burger een veel grotere en constructievere kunnen zijn dan in het huidige stelsel. Het begint al met de consultatie van 1 februari tot 8 maart 2019 van de Omgevingsregeling die beoogt de regels uit ongeveer 75 bestaande ministeriële regelingen te bundelen en harmoniseren. Daarover zegt Projectleider Francine L'Ortye: *'De manier waarop we de Omgevingsregeling hebben gemaakt is helemaal in de geest van de Omgevingswet: samen met de toekomstige gebruikers. Bij de start spraken we onder meer met VNG, IPO, de Unie van Waterschappen, VNO-NCW, de natuur- en milieuorganisaties over de ontwerpprincipes. Tijdens een Botsproevendag toetsten we samen met zo'n 150 praktijkprofessionals de conceptregels op uitvoerbaarheid. Nu kijken we uit naar de reacties in de consultatie!'*<sup>7</sup> En zo wordt dan het voorschrift van art. 23.4 lid 1 van het ontwerp Omgevingswet in de praktijk gebracht.<sup>8</sup>

Hoe dan ook, de vraag is natuurlijk hoe in die nieuwe Omgevingswet het door Jan zo dringend gewenste (en ook gepropageerde) centraal stellen van de gebruiker gestalte gaat krijgen. Dat dit centraal stellen niet een soort fopspeengehalte mag hebben is duidelijk. Volgens de website [www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl](http://www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl) gebeurt dat centraal stellen op vier manieren:<sup>9</sup>

- 1 vergunning, 1 bevoegd gezag
- 'ja, mits'-principe in plaats van 'nee, tenzij'-principe
- regels op 1 plek
- participatiemogelijkheid voor burgers aan de voorkant bij beleidsontwikkeling
- ruimte om te anticiperen

In deze bijdrage onderzoek ik - noodzakelijkerwijs oppervlakkig - in hoeverre de zo gewenste *'participatiemogelijkheid voor burgers aan de voorkant'*<sup>10</sup> bij beleidsontwikkeling ook daadwerkelijk gestalte krijgt en of Jan's constatering dat van het verlangen om de burger centraal te stellen nooit iets terecht is gekomen nog steeds gelding hebben. Dat

6 Jan Struiksmā, Omgevingswet: een project van de lange adem?, TBR 2016/109.

7 Te vinden op: <https://www.omgevingswetportaal.nl/actueel/nieuws/2019/02/01/consultatie-omgevingsregeling-van-start.-geef-uw-reactie?ert>.

8 'Een ieder wordt langs elektronische weg in de gelegenheid gesteld gedurende een periode van ten minste vier weken opmerkingen te maken over het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling op grond van deze wet.'

9 <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/omgevingswet/uitgangspunten-doel/>.

10 'aan de voorkant' is een typische ambtenarenterm, helaas veel gebruikt in het publieke proces.

doe ik onder meer door een kijkje te nemen in de Inspiratiegids Participatie Omgevingswet.<sup>11</sup>

## 4 Publieksparticipatie

Op 25 juni 1998 werd in het Deense Århus het (overigens Engelstalige) Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden aangenomen. In dit verdrag spraken de ondertekenaars een aantal zaken af inzake publieksparticipatie bij de voorbereiding van omgevingsrechtelijke plannen, projecten, wetten en andere regelingen. Dit verdrag is een van de 'drijfveren' achter de nieuwe Omgevingswet.

Artikel 6 leden 3 tot en met 6 van dat verdrag gaan over publieksparticipatie bij grote infrastructuur-, energie-, olie- en gas-, water- en chemische installaties. Art. 6 lid 4 luidt als volgt:

'4 Each Party shall provide for early public participation, when all options are open and effective public participation can take place.'

Zinnvolle vroege publieksparticipatie bij bepaalde projecten met een mogelijke impact op de omgeving is hiermee voor Nederland een uit een verdrag voortvloeiende verplichting.

Het Advies 'Sneller en Beter' van de Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructuurprojecten (Commissie Elverding) van april 2008 bepleitte vervolgens ook al een eerdere en ruimere participatie van betrokken overheden en burgers. Deze zogenaamde Elverding-aanpak (ook wel 'Sneller-en-beter-aanpak') heeft in de hierna te bespreken nieuwe Omgevingswet ook een hechte plaats gevonden.

## 5 Succesvolle projecten - de rol van belanghebbenden (stakeholders)

In 2017 verscheen mijn 'Practical Guide to Successful Construction Projects'.<sup>12</sup> In dat boek mocht ik de resultaten optekenen van een onderzoek dat mij over de hele wereld had laten reizen om 25 projectdirecteuren, adviseurs, opdrachtgevers, en financiers van grote en complexe projecten te interviewen met steeds de centrale vraag: wat is een succesvol project en wat is daarvoor nodig? Tot mijn verrassing gaven alle geïnterviewden steeds hetzelfde antwoord: een succesvol project is een project dat zijn vooraf gestelde doelen bereikt. Daarvoor is de kritische succesfactor de menselijke factor. Doelen kunnen zijn: binnen ieders budget, binnen de gestelde tijd, het kunnen leveren van de gewenste kwaliteit, geen geschillen. Maar, in de ogen van alle respondenten was wel een heel belangrijk doel daarbij: 'stakeholder satisfaction', losjes vertaald als 'omgevingstevredenheid'. Dat antwoord strookte volledig met de bevindingen die Coen Thomas en

---

11 <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/thema/inspiratiegids/>.

12 Arent van Wassenae, *A Practical Guide to Successful Construction Projects*, (Informa Law by Routledge, 2017).

ik in 2008 onder de term 'Mantra' hadden neergelegd in ons Preadvies voor de VBR.<sup>13</sup> Alleen was er wel sprake van voortschrijdend inzicht: vonden we in 2008 nog dat een doel voor een succesvol bouwproject was om zo min mogelijk hinder aan de omgeving toe te brengen<sup>14</sup> - een negatief geformuleerd criterium dus - in 2017 bleek dit criterium te zijn omgeslagen naar een positief criterium: tevreden omgevingspartijen. Die tevredenheid zou dan betrekking moeten hebben zowel op het resultaat van het project, als de wijze van totstandkoming. Volgens een van de voor mijn boek uit 2017 geïnterviewden, Ken Haddow: *'The whole process is shifting from 'management of stakeholders to managing together with stakeholders'*.<sup>15</sup> Stakeholder betekent 'belanghebbende'. Belanghebbenden zijn uiteraard en misschien wel in de eerste plaats omgevingspartijen (bewoners, exploitanten, overheden, gebruikers, passanten). Daarnaast kunnen belanghebbenden worden aangetroffen in kringen van participanten bij het te realiseren project, financiers daarvan, hun werknemers, aandeelhouders. Overigens zou mijn hiervoor beschreven verrassing niet nodig zijn geweest als ik mij vooraf zou hebben verdiept in de internationale projectmanagementliteratuur, zoals bijvoorbeeld gepubliceerd in de maandelijkse *International Journal for Project Management*. In die 'wereld' is het al tijden een breed gedragen inzicht dat effectief stakeholder management een kritieke succesfactor is voor allerlei soorten projecten.<sup>16</sup>

Deze bevindingen suggereren dat, om een project succesvol voor te bereiden, uit te voeren en in gebruik te stellen, een positieve medewerking van alle betrokken belanghebbenden van essentieel belang is. Dat lijkt een open deur, maar dat is het kennelijk niet.

Een van de sleutels tot de verwezenlijking van een succesvol project is dus om de belangen van alle daarbij relevante belanghebbenden in beeld te krijgen, en om die - zoveel mogelijk in samenspraak met die belanghebbenden - te verenigen, op één lijn te krijgen. Zo lijkt het 'stakeholder management' misschien nog wel het meest op de belangeninventarisatie die we kennen uit de mediation. Wie zijn die belanghebbenden? Wat willen die belanghebbenden wel en niet? Welk belang hebben die belanghebbenden bij het al dan niet realiseren van een project? Welk voordeel kunnen zij van het project genieten? Welk nadeel wordt er voor hen afgewend door het project? Zijn belangen aan elkaar te koppelen zodat het aldus gekoppelde project plotseling een oplossing biedt voor belangen die op zich zelf, individueel, niet op te lossen waren? Is er een 'sense of urgency' voor de 'urgency'? Die laatste vraag speelt bijvoorbeeld sterk bij projecten die beogen om de gevolgen van klimaatverandering te mitigeren: zeespiegelstijging en meer ernstige regenval ('flush flooding') vraagt om oplossingen voor daardoor bedreigde regio's.

De inwoners van de stad Maastricht hadden totaal geen moeite met de aanleg van een tunnel door hun stad ten behoeve van de A2: zij waren de grote filedruk en omge-

13 Coen Thomas en Arent van Wassenauer, *www.werkinuitvoering21.com – Interactief naar een nieuwe generatie bouwcontracten*, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, 26.

14 Thomas en Van Wassenauer, t.a.p., p. 1.

15 Van Wassenauer (2017), p. 63.

16 Zie bijvoorbeeld Tuan Son Nguyen en Sherif Mohamed, *Stakeholder Management in Complex Projects*, Conference Paper Conference: Stakeholder Management in Complex Projects at: Proceedings the 7th World Construction Symposium 2018 Ceylon Institute of Builders - Sri Lanka, te vinden op [https://www.researchgate.net/publication/326507031\\_STAKEHOLDER\\_MANAGEMENT\\_IN\\_COMPLEX\\_PROJECTS](https://www.researchgate.net/publication/326507031_STAKEHOLDER_MANAGEMENT_IN_COMPLEX_PROJECTS)

vingshinder beu. Onder het motto 'Eén plan voor stad en snelweg' is, in nauwe samenwerking met Bedrijven- en Buurtenplatforms en met de werkgroep Maastricht bereikbaar, werd zo het plan aangestuurd. Iedereen was zich van de noodzaak van dat plan bewust en steunde het. De inwoners van Maastricht zijn tijdens de aanbesteding ook betrokken geweest bij een consultatie over de in de aanbesteding voorliggende ontwerpen en planvoorstellen.<sup>17</sup>

Een geheel ander lot was de Regiotram Groningen beschoren. Hoewel de vervoersprognoses in die tijd uitwijzen dat de aanleg van een tram door de stad (later uit te breiden tot een regionaal netwerk) de beste manier was om de voor de komende twintig jaren voorspelde enorme passagiersgroei veilig en comfortabel op te vangen, sneuvelde het plan in 2012. Dat kwam door zorgen over de trambaan door de Oosterstraat en over de aanleg- en exploitatiekosten die mogelijk hoger zouden uitvallen waarvoor de gemeente (en dus de inwoners) dan weer zouden moeten opdraaien.<sup>18</sup> En zo bleek het benodigde draagvlak op drijfzand te berusten en sneuvelde zowel het project als het destijds zittend college van B&W.

Een ander voorbeeld van het succesvol bijeenbrengen van belangen voor de oplossing van een echt probleem is de ondergrondse parkeergarage bij Katwijk aan Zee. De bestaande kustverdediging voldeed niet meer aan de eisen. De gemeente Katwijk, Rijkswaterstaat, de provincie Zuid-Holland en het Hoogheemraadschap Rijnland hebben daarom de handen ineen geslagen. De kust bij Katwijk is versterkt met bredere duinen en met een 'Dijk-in-Duin'-oplossing in de vorm van een 500 meter lange parkeergarage voor 663 parkeerplaatsen. Een en ander is op een prijswinnende manier vormgegeven. Zo werd én Katwijk beschermd tegen de stijgende zeespiegel, én kon worden voorzien in de toenemende parkeerdruk én kreeg een aantal strandtentexploitanten de gelegenheid hun horecagelegenheid geheel nieuw en beter beschermd op te bouwen. Allerlei belangen kwamen samen en droegen zo bij aan de formulering van projectdoelstellingen waarin alle betrokken belangen optimaal konden worden bediend. Een dergelijke samenvoeging van functies wordt ook wel aangeduid als 'shared infrastructure'.

Bij de dijkversterking Markermeerdijken heeft het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier er voor gekozen ontwerp en uitvoering aan te besteden in de vorm van een projectalliantie, de Alliantie Markermeerdijken.<sup>19</sup> In deze alliantie bestaat grote aandacht voor de positie en de belangen van de omgeving. Zo heeft de alliantie een Adviesgroep in het leven geroepen bestaande uit vertegenwoordigers van bewoners, belangengroeperingen en bedrijven:

'De Adviesgroep Markermeerdijken bestaat uit ca. 40 diverse belangenvertegenwoordigers van onder andere bewoners, natuur, recreatie, cultuurhistorie en bedrijfsleven. Met gemiddeld vier bijeenkomsten per jaar was de adviesgroep gedurende de afgelopen 10 jaar nauw betrokken bij de versterkingsplannen. Het bestuur van het hoogheemraadschap neemt op korte termijn een besluit over het dijkversterkingsplan (ontwerp Projectplan Waterwet). Het aangeboden advies van de Adviesgroep weegt mee in die besluitvor-

---

17 Zie voor een historisch overzicht van dit project de website [www.a2maastricht.nl](http://www.a2maastricht.nl).

18 Zie hiervoor [https://nl.wikipedia.org/wiki/RegioTram\\_Groningen](https://nl.wikipedia.org/wiki/RegioTram_Groningen).

19 [https://www.markermeerdijken.nl/markermeerdijken/meest-gestelde-vragen\\_3644/item/hoe-werken-hhnk-en-de-private-partij-samen-in-de-alliantie-markermeerdijken\\_4826.html](https://www.markermeerdijken.nl/markermeerdijken/meest-gestelde-vragen_3644/item/hoe-werken-hhnk-en-de-private-partij-samen-in-de-alliantie-markermeerdijken_4826.html).

ming. Na besluit van het hoogheemraadschap, neemt het provinciebestuur een besluit en gaat het plan ter visie. Het advies is hier te downloaden.<sup>20</sup>

Draagvlak bij de relevante belanghebbenden is dus een bestaansvoorwaarde voor het welslagen van een project. En voor het totstandbrengen van een dergelijk draagvlak is het nodig om de belanghebbenden te mobiliseren, en om hen te laten participeren bij de ontwikkeling van de benodigde plannen. Met andere woorden: de burger centraal en zinvolle publieksparticipatie. En dan niet vanuit de NIMBY-stand, maar vanuit de een filosofie waarin het samen bedenken van een plan centraal staat.

## 6 Publieksparticipatie in de Omgevingswet

De Omgevingswet zelf kent nauwelijks voorschriften omtrent publieksparticipatie. In art. 5.47 lid 4 is een voorschrift opgenomen voor het betrekken van burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties, en bestuursorganen bij het voornemen tot het geven van een door het Rijk, provincie of een waterschap te nemen projectbesluit. In art. 5.51 is opgenomen dat in het projectbesluit moet worden aangegeven hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding zijn betrokken en wat de resultaten zijn van de uitgevoerde verkenning, waarbij in ieder geval wordt ingegaan op de door derden voorgedragen mogelijke oplossingen en de daarover door deskundigen uitgebrachte adviezen. In art. 16.55 lid 6 is het voorschrift opgenomen dat bij ministeriële regeling nog nadere regels zullen worden gesteld over het bij de aanvraag voor een omgevingsvergunning verstrekken van gegevens over participatie van en overleg met derden. De Omgevingswet geeft (in art. 23.4) verder voorschriften over participatie bij de voorbereiding van uitvoeringsregelgeving, zoals de hiervoor genoemde Omgevingsregeling.

Voor een op het gebied van omgevingsrecht en bestuursrecht betrekkelijke leek als schrijver dezes lijkt het er dus op dat de echte publieksparticipatie eerst uit de amvb's en de vele regelingen zal moeten komen die onder de Omgevingswet zullen worden genomen en afgekondigd.

## 7 Publieksparticipatie in het Omgevingsbesluit

Een enorm schot voor de boeg geeft het Omgevingsbesluit.<sup>21</sup> Daarin is voor een aantal juridische omgevingsrechtelijke instrumenten voorgeschreven dat participatie zal moeten plaatsvinden. De toelichting op het Omgevingsbesluit (par. 3.4.3) geeft de volgende - op de Memorie van Toelichting bij de Omgevingswet gebaseerde<sup>22</sup> - uitgangspunten bij het onderwerp participatie:

‘...’

20 [https://www.markermeerdijken.nl/markermeerdijken/actueel-nieuwsbrief-dijkenpanel\\_285/item/adviesgroep-biedt-advies-aan\\_8053.html](https://www.markermeerdijken.nl/markermeerdijken/actueel-nieuwsbrief-dijkenpanel_285/item/adviesgroep-biedt-advies-aan_8053.html).

21 Besluit van 3 juli 2018, houdende procedurele regels en regels over algemene onderwerpen over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingsbesluit), *Stb.* 2018, 290.

22 Regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 277.

In de wet wordt onder een participatieve aanpak verstaan: «het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden (burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en andere overheden) bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit»<sup>25</sup>. De regering heeft de manier van het voeren van participatie in de wet niet vast gelegd, omdat voorkomen moet worden dat het participatie- traject een afvinklijstje wordt. Meer gedetailleerd vastleggen hoe overheden en initiatiefnemers omgaan met participatie werkt averechts. De ruimte voor maatwerk wordt dan kleiner. Het is juist een kwestie van enthousiasmeren en meenemen van mensen waarbij participatie een middel is. Dat vergt een actieve houding en een actieve rol van het bestuursorgaan en van initiatiefnemers. Op welke wijze participatie plaatsvindt, is afhankelijk van de specifieke kenmerken van het project of activiteit en de omgeving. Maar ook de plek in de beleidscyclus is van belang voor de manier waarop participatie vorm wordt gegeven. In een visievormende fase is de reikwijdte en vorm van participatie heel anders dan bij een evaluatie. In de wet is daarom vastgelegd dát het gebeurt, maar niet hoe het moet gebeuren. De wet biedt op deze wijze ruimte voor toekomstige ontwikkelingen op het gebied van participatie. Het succes van participatie is afhankelijk van de houding van het bevoegd gezag, de initiatiefnemers en de bestuurscultuur.

Het is aan vertegenwoordigende organen (gemeenteraad, provinciale staten of parlement) om toe te zien op de kwaliteit van besluitvorming, inclusief de invulling van vroegtijdige participatie. Ook het toezien op de kwaliteit van participatie is een element van de verandering in de bestuurscultuur.'

Kortom, als het gaat om publieksparticipatie is een verandering in de bestuurscultuur nodig.

Ook de VNG is zich daarvan bewust blijkens deze passage op de subsite 'Raadgevers', informatie voor (nieuwe) raadsleden:

'De Omgevingswet is niet alleen een juridische exercitie - een samenvoeging van 26 sectorale wetten - het wordt vooral een cultuuromslag. Initiatieven worden nu vaak ontvangen met een afwachtende nee, tenzij-houding. Dat moet veranderen in een welwillend 'ja, mits'. Een dilemma waar de raad mee te maken krijgt is de spanning tussen ruimte en rechtsbescherming. Meer ruimte betekent dat de raad zijn keuzes beter moet onderbouwen. Daar hoort bij dat alle belangen en partijen vroegtijdig bij het proces worden betrokken. Waarom kiest u bijvoorbeeld voor een hogere geluidsnorm of een lagere geurbelasting in een gebied? Wat zijn de gevolgen daarvan voor burgers en bedrijven? Waarom mag een plan in één bepaald gebied wel en in een ander gebied niet? Dat vraagt een duidelijke onderbouwing van het verschil tussen de ene en de andere situatie. U kunt beslissen om af te wijken van de regels als u dat goed en inhoudelijk onderbouwd doet.'<sup>23</sup>

Alhoewel op het eerste gezicht niet uit de voorliggende tekst van de Omgevingswet en het Omgevingsbesluit blijkt hoe deze publiekparticipatie onder het regime van de Omgevingswet vorm zal gaan krijgen - en wat de juridische gevolgen zouden kunnen zijn van het niet voldoende vormgeven aan de vereiste publieksparticipatie - is het toch goed om te zien dat wel al hard aan wordt gewerkt aan invulling van het begrip. Op de website [www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl](http://www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl) erkent de overheid dat, ondanks het aantal voorziene juridische instrumenten dat de Omgevingswet biedt, met alleen die wetsinstrumenten de overheid haar doelen niet kan bereiken. Daarnaast zijn er ook be-

---

23 <https://vng.nl/raadgevers/fysieke-leefomgeving/participatie-in-de-omgevingswet>.



leidsinstrumenten en de overheid kan daarbij kiezen uit verschillende rollen.<sup>24</sup> Blijkens diezelfde webpagina kan de overheid bijvoorbeeld communicatieve instrumenten inzetten, ‘om het kennisniveau van burgers of bedrijven te vergroten, het draagvlak te vergroten of mensen gericht met elkaar in contact te brengen.’ In de ‘samenwerkende overheidsrol’, zijn de bijbehorende communicatieve instrumenten dan respectievelijk het experiment, de gesprekstafel, de gebiedsvisie, participatie en de installatie van een denktank. Persoonlijk lijkt me dit nogal vaag, te meer daar nog nergens een voorschrift lijkt te worden voorbereid die zinvolle, anticiperende en tijdige communicatie verplicht stelt (zoals het Verdrag van Århus voorschrijft en de Elverding-aanpal ondersteunt).

Een poging daartoe wordt inmiddels overigens al wel ondernomen, namelijk bij het vaststellen van de Nationale Omgevingsvisie, ook bekend als NOVI.<sup>25</sup> Ten behoeve van die NOVI heeft de Tweede Kamer op 7 maart 2018 een rondetafelgesprek gehouden naar aanleiding van een zeventien Position Papers die waren ingediend door zulke uiteenlopende partijen als de Unie van Waterschappen, Natuurmonumenten, het RIVM, een aantal gemeenten, de ANWB, het IPO en aantal individuele (emeritus) hoogleeraren.<sup>26</sup> Prof. C. Verdaas adviseert in zijn Position Paper om bij het vaststellen van de NOVI ‘tegenkrachten in te sluiten’:

‘...Dit gaat alleen lukken als er vanaf het begin oog is voor de valkuilen en dilemma’s die ik hier ook al heb benoemd en men beducht is op de tegenkrachten. Thema’s vertegenwoordigen belangen, achter die belangen zitten mensen, organisaties en middelen, en dus ‘boterhammen’. Zij zullen allen hun uiterste best zullen doen om via ambtelijke, bestuurlijke, publieke en politieke lobby’s de NOVI te halen. Het zal niet eenvoudig zijn die druk te weerstaan, sterker nog, ik adviseer om vanaf het begin deze groepen actief in te sluiten: nodig partijen uit om binnen de prioritaire thema’s aan te reiken wat zij kunnen bijdragen aan het dichterbij brengen van de energietransitie of een internationale concurrerende economie. Dat geeft richting en dwingt eenieder tot een heroriëntatie. Dat vergt uiteraard stuurmanskunst (m/v), alertheid en assertiviteit, maar bovenal een culturele omslag van de direct betrokkenen dat we echt werk gaan maken van een aantal door eenieder onderschreven opgaven!’

Maar dat zo’n participatieproces niet over rozen hoeft te gaan beschrijft ook prof. Friso de Zeeuw in diens Position Paper:

‘...Heeft een Nationale Omgevingsvisie wel zin?

Dit is een relevante vraag omdat het kerkhof vol ligt met overbodig of vruchteloos omgevingsbeleid van de rijksoverheid. Daarom concentreer ik mij in deze notitie op de vraag hoe de Nationale Omgevingsvisie (Novi) wel betekenis kan krijgen.’

Als participatie op het Rijksniveau bij het vaststellen van de Nationale Omgevingsvisie al zo veel uitdagingen biedt, hoe moet dat dan bij de ontwikkeling van de diverse plannen op provinciaal en gemeentelijk niveau?

Daarvoor hebben we - gelukkig - de Inspiratiegids.<sup>27</sup>

24 <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/wetsinstrumenten/samenhang/omgevingswet-alleen/bewustwording/>.

25 <https://denationaleomgevingsvisie.nl/home/default.aspx>.

26 Alle terug te vinden op [https://www.tweedekamer.nl/debat\\_en\\_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2018A00328](https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2018A00328).

27 <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/praktijk/anders-werken/inspiratiegids/>.



## 8 Inspiratiegids Participatie Omgevingswet

Een aparte site op de site [www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl](http://www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl) heet de Inspiratiegids Participatie Omgevingswet. Deze onderscheidt participatie op een zestal niveaus, te weten:

- In de Omgevingswet
- In de Omgevingsvisie
- In het programma
- In het projectbesluit
- In de omgevingsvergunning

De Inspiratiegids doet razend zijn best om voor alle fasen in het proces dat uiteindelijk tot een project zou kunnen leiden werkvormen aan te bieden waarmee de initiatiefnemer, wie dat dan ook is, aan de slag kan gaan. Die fasen zijn:

- Idee
- Plan
- Realisatie
- Evaluatie

De op de site eveneens verschaft routekaart<sup>28</sup> geeft voor iedere fase suggesties hoe men in zo'n fase vorm en inhoud zou kunnen geven aan participatie. Bij de fase 'idee' richt de participatie zich onder meer op zaken als: de identiteit, het DNA van een gebied, de dominante waarden, associaties en beelden, situatieschetsen en scenario's en het bedenken van strategieën.

Op weer een andere pagina geeft de Inspiratiegids een voorzet voor werkvormen.<sup>29</sup> Zo worden genoemd en uitgelegd: het Rad van Participatie, de Omgevingswandeling, de G1000, de Nije Pleats, Jongerenparticipatie, SCRUM, Landschapsbiografie, Online participatietools, inzet van digitale media, CROW placemaking, Mediation, het spel anders spelen, Leefstijlenonderzoek, de Wegwijzer Ynnovate, Slagsessies en een heleboel andere hier verder niet uit te werken werkvormen.

## 9 Wie doet dat, die publiekparticipatie?

Uit de hiervoor genoemde werkvormen wordt al wel duidelijk dat de rol van de jurist bij de publieksparticipatie - althans in zijn archetypische vorm - nogal beperkt zal zijn. Hier zijn mensen nodig die verstand hebben van 'gamification', sociologen, master city developers, onderzoekers, gespreksleiders. En mensen die verstand hebben van landinrichting, van 'shared infrastructure', van duurzaamheid. Mensen die in staat zijn radicale concepten te verzinnen voor beplantingsplannen, opvallende schelpenlandschappen aan de voet van de Oosterscheldekering, mensen die verzinnen hoe je snelwegen onder de grond kan stoppen, zoals Adriaan Geuze dat deed bij Madrid Rio<sup>30</sup> en Ashok Bhalotra bij de Sijtwendetunnel (N14) bij Den Haag, Wassenaar, Leidschendam en Voorburg.

---

28 <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/thema/inspiratiegids/participatie-per/>.

29 <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/thema/inspiratiegids/praktische/werkvormen/>.

30 [http://www.west8.com/projects/madrid\\_rio/](http://www.west8.com/projects/madrid_rio/).

Of bedrijven als Motivaction<sup>31</sup>, die betrokken zijn bij doelgroeponderzoeken die aan planvorming ten grondslag liggen. Of verandermanagers, specialisten die verstand hebben van bijvoorbeeld het stimuleren van doelgroepen om met specifieke andere vervoersmiddelen te reizen? Hoe dan ook, het is een multidisciplinair proces, waarin totaal andere expertise aan de orde komt dan die zich in de gereedheidskist van de bestuursjurist bevinden.

## 10 Art. 6 lid 4 Verdrag van Århus - Zinnvolle publieksparticipatie 'aan de voorkant'

Het Verdrag van Århus schrijft voor dat de participatie voldoende vroeg in het proces moet plaatsvinden, als alle opties nog open liggen, aan de 'voorkant' dus. En dat is in lijn met de aanbevelingen van de eerdergenoemde Commissie Elverding. Dat is makkelijker gezegd dan gedaan. Want, welke opties liggen er dan nog open? Is de vraagstelling voldoende concreet? Verzandt het participatieproces niet in het instellen van heel veel loketten die er uiteindelijk toe leiden dat de burger eigenlijk niet is gehoord?<sup>32</sup> Al Googlend op de zoektermen 'participatie' en 'voorkant' stuitte ik op veel cursussen voor gemeenteraadsleden over Participatie en de Omgevingswet en verslagen daarover. Een voorbeeld uit de Provincie Flevoland:

'Participatie aan de voorkant' vormgeven vraagt een zorgvuldig proces waarbij wordt nagedacht hoe en waarvoor we de meedenkkraft van de burgers en bedrijven willen inzetten.

Het gaat om een samenspel waarbij je aan de ene kant zoveel mogelijk stuurt op redelijkerwijs te beschouwen oplossingen, door bijvoorbeeld kaders mee te geven zoals bijvoorbeeld het budget of de reikwijdte van de opgave (gaat het om een mobiliteitsvraagstuk met diverse oplossingen, waaronder OV-, en fietsverbindingen of het gaat om de verbreding van een snelweg). Tegelijkertijd wil je de meedenkkraft van de maatschappij optimaal benutten waarvoor enige ruimte nodig is.<sup>33</sup>

Maar, hoezeer ik ook van oordeel ben dat een project alleen succesvol kan zijn als relevante belangen van diverse 'stakeholders' bij het vaststellen van de projectdoelen een plaats hebben kunnen krijgen, ik heb zo ook mijn zorgen en twijfels; ik noem er enkele:

- Ziet u bijvoorbeeld al de voor- en binnenpagina's van nationale en lokale bladen waarin talloze advertenties met oproepen voor publieksparticipaties voor projecten x, y en z? Na hoe lang zullen mensen daar niet meer op reageren?

31 <https://www.motivaction.nl/branches/wonen-en-vastgoed>.

32 Zie bijvoorbeeld het artikel van Chris Aalberts in The Postonline van 3 juli 2018, waarin hij beschrijft hoe in Amsterdam Oud-Zuid een 'participatiedoolhof' is met maar liefst drie participatieloketten: <https://politiek.tpo.nl/2018/07/03/chris-aalberts-bij-de-stadsdeelcommissie-9-de-stadsdeelcommissie-is-overbodig/>.

33 Uit een verslag 'Kennismiddag Participatie en Omgevingswet, uitkomsten van de workshops' van de Provincie Flevoland van 16 april 2018, <https://www.google.com/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=2ahUKEwj2Pns-6bgAhVD4aQKHYORCz4QFjAFegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fstateninformatie.flevoland.nl%2Fdocumenten%2Fingekomen-stukken%2FDOCUVITP-2236045-v1-verslag-Participatie-en-Omgevingswet.pdf&usg=AOvVaw0j9zD9CLZU-g5XEEe-OHfG3>.

- Krijgen we niet een heel leger beroepsparticipanten? Die bij ieder project weer hun al lang geleden opgenomen bandjes afdraaien met alle bezwaren en stokpaarden die iedereen al lang kent?
- Hoe krijg je participanten écht in de 'meewerkstand'? Welke technieken werken daarvoor echt, ook al zal het altijd maatwerk zijn?
- Hoe vermijd je rituele participatiedansen, waarbij de participerende burger uiteindelijk met het gevoel zal blijven zitten dat er weer niet naar hem geluisterd is?
- In dit verband: in hoeverre zijn de uiteindelijke - democratisch verkozen - beslissers eigenlijk gebonden aan de uitkomsten van de publieksparticipaties? Of gaat het hier juist om uitholling van de democratie?
- Kunnen we de te verwachten kosten van de publieksparticipatie niet beter uitgeven aan bijvoorbeeld 'meer handen aan het bed'?
- Is het echt zo dat participatie bezwaarprocedures later in het proces kan voorkomen, en dat leidt tot meer draagvlak en snellere en betere besluitvorming?
- Gaan al die publieksparticipaties eigenlijk niet leiden tot eindeloze vertragingen, ook als is het zo dat de Crisis- en herstelwet in de Omgevingswet wordt geïntegreerd?
- Voegt publieksparticipatie eigenlijk niet een nieuwe "voor"-stap toe aan de trits zienswijze, bezwaar, beroep?
- Hoe verhoudt zich deze publieksparticipatie tot de in Afdeling 3.4 Awb geregelde Uniforme openbare voorbereidingsprocedure die nu ook al vaak wordt toegepast?

## **11 Afsluitend**

Zoals Fluitsma en Van Thijn al in 1996 zongen zijn wij een land op een heel klein stukje aarde waarin duizend meningen van (inmiddels) 17,3 miljoen mensen zich niet de wetten laten voorschrijven. Toch wordt in de Omgevingswet met de invoering van de - door het Verdrag van Århus verplicht gestelde en door de Elverdingaanpak zwaar gesteunde - publieksparticipatie een moedige poging gedaan om al die meningen verenigd te krijgen voor plannen waarin alle belangen steeds gelijkgeschakeld zullen zijn. Dat zal de ene keer makkelijker gaan dan de andere. Daar waar een plan om een tunnel aan te leggen die allerlei verkeersdruk wegneemt en ruimte biedt voor een duurzame leefomgeving en natuur op warme steun uit de omgeving zal kunnen rekenen ligt dat ongetwijfeld anders dan bij de voorgenomen bouw van een azielzoekerscentrum of een windpark.

Jan is vroeg in zijn werkzame leven werkzaam geweest als planologisch jurist. Hij is verder een begeistert spreker en verbinder. Misschien een idee als hij zich na zijn emeritaat onder meer bezig zal gaan houden met zinvolle publieksparticipaties aan de voorkant, waarbij de burger centraal staat? Het is beslist het proberen waard. Jan, het ga je goed!

# Over de auteurs

## **Mr. N.H. (Heleen) van Amerongen**

Heleen van Amerongen is promovenda bij de Afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Heleen is promovenda van een voormalig promovenda van Jan Struiksmā.

## **Prof. mr. H. (Hemme) Battjes**

Hemme Battjes is hoogleraar Europees asielrecht aan de faculteit Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam. Hemme is oud-student, collega-docent en collega-onderwijsbestuurder van Jan.

## **Mr. dr. L. (Lucy) van den Berg**

Lucy van den Berg is universitair docent sociaal recht en secretaris Examencommissie Faculteit der Rechtsgeleerdheid VU.

## **Mr. dr. A.B. (Aletta) Blomberg**

Aletta Blomberg is advocaat-partner bij ngnb advocaten in Amsterdam. Aletta is oud-student (1992) en oud-collega (1994-1999) van Jan bij de vakgroep Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit.

## **Mr. dr. M.R. (Marleen) Botman**

Marleen Botman is advocaat bij Pels Rijcken te Den Haag, gespecialiseerd in Europees recht en bestuursrecht en als onderzoeker verbonden aan de Vrije Universiteit. Marleen is oud student en voormalig collega van Jan bij de sectie staats-en bestuursrecht van de rechtenfaculteit aan de Vrije Universiteit van 2009 tot 2017.

## **Prof. dr. ir. A.G. (Arjan) Bregman**

Arjan Bregman is hoogleraar Bouwrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en sinds 1987 verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht. Jan was de afgelopen jaren voorzitter van het IBR. Veel van hun onderlinge contacten hingen samen met een gezamenlijke betrokkenheid bij het IBR.

## **Mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman**

Evelien Bruggeman is senior juridisch medewerker privaatrecht bij het Instituut voor Bouwrecht.

## **Mr. A.M.B. (Andrea) Chao**

Andrea Chao is advocaat bij Simmons & Simmons LLP te Amsterdam, gespecialiseerd in privaatrechtelijk bouw- en aanbestedingsrecht. Zij is onder meer lid van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht en lid van de Nederlandse council van de International Project Finance Association. Vanuit het Bouwgenootschap, als kennisgroep

binnen Duurzaam Gebouwd, is ze betrokken bij de totstandkoming van het (concept) DG bouwteam model.

**Prof. mr. M.A.B. (Monika) Chao-Duivis**

Monika Chao-Duivis is directeur van het Instituut voor Bouwrecht en hoogleraar bouwrecht aan de TU Delft. Monika kent Jan vooral vanwege zijn jarenlange voorzitterschap van het bestuur van het Instituut voor Bouwrecht.

**Dr. L. (Liping) Dai**

Liping Dai is onderzoekster bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht.

**Mr. dr. M.A.M. (Marjolein) Dieperink**

Marjolein Dieperink is advocaat te Amsterdam bij AKD en verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Jan was promotor bij Marjolein's promotieonderzoek naar Verhandelbare Emissierechten.

**Drs. A.M. (Alma) van Donk**

Alma van Donk is neerlandicus en is secretaris van het College van het Beroep voor de Examens en van de Geschillenadviescommissie van de Vrije Universiteit.

**R. (Rianne) van Empelen MSc**

Rianne van Empelen is ambtelijk secretaris van de examencommissie. Rianne is collega van Jan bij deze commissie van de juridische faculteit van de VU.

**Mr. A.Ch. (Arnoud) Fortgens**

Arnoud Fortgens was tot 2013 werkzaam bij de Provincie Noord-Brabant in verschillende juridische (managements)functies, laatstelijk als seniorjurist ruimtelijke ordening. Evenals Jan is Arnoud lid van DKK (De Kleine Kaart), een kleinschalig genootschap van bevriende vakgenoten.

**Mr. dr. K.E. (Karen) Geertsema**

Karen Geertsema is redactiesecretaris Asiel- en Migrantenrecht en docent migratierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Karen was promovendus bij Jan.

**Mr. H.A.J. (Henk) Gierveld**

Henk Gierveld is wetgevingsjurist bij de Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en als toegevoegd onderzoeker verbonden aan het Utrechts Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht.

**Prof. mr. K.J. (Kars) de Graaf**

Kars de Graaf is als adjunct hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Hij is rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Noord Nederland, voorzitter van de Vereniging voor Milieurecht (VMR), bestuurslid van de VAR, Vereniging voor bestuursrecht en lid van de redactie van het Tijdschrift voor Omgevingsrecht.

**Mr. dr. L.C. (Lisanne) Groen**

Lisanne Groen is wetgevingsadviseur bij de Afdeling advisering van de Raad van State. Lisanne is voormalig promovenda van Jan Struiksma. Zij was universitair docent bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit.

**Mr. dr. F.A.G. (Frank) Groothuijse**

Frank Groothuijse is universitair hoofddocent Omgevingsrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans & Sustainability Law van de Universiteit Utrecht.

**Mr. G.H.J. (Gijs) Heutink**

Gijs Heutink is advocaat en partner bij Hemwood te Amsterdam. Hij kent Jan als leading individual, co-docent bij seminars, gewaardeerd lid van de Raad van Advies van zijn kantoor, preferred brainstormer, autonoom denker en vooral als goede vriend.

**Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman**

Pim Huisman is universitair hoofddocent bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit. Hij is raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep. Pim en Jan zijn jarenlang kamergenoten geweest. Jan was paranimf bij de promotie van Pim.

**Mr. dr. F.A.M. (Fred) Hobma**

Fred Hobma is universitair hoofddocent Omgevingsrecht aan de TU Delft. Net als Jan Struiksma maakt hij deel uit van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht en van het in dit hoofdstuk besproken Platform of Experts in Planning Law.

**Prof. mr. M.J. (Rianne) Jacobs**

Rianne Jacobs is raadviseur bij de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid en bijzonder hoogleraar Wetgeving en reguleringsvraagstukken aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Rianne was eerder collega van Jan bij de Vakgroep Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit van 1993 tot 1999.

**Prof. mr. C.E.C. (Chris) Jansen**

Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht en verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de Vrije Universiteit Amsterdam, voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) en raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven Den Bosch en Den Haag. Chris en Jan zijn collega's bij het CPC.

**Mr. J.J. (Jacco) Karens**

Jacco Karens is stafmedewerker bij het Instituut voor Bouwrecht en buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen. Jacco heeft o.a. met Jan in de redactieraad gezeten van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*.

**Mr. dr. D. (Daan) Korsse**

Daan Korsse is advocaat bij Van der Feltz advocaten in Den Haag. Jan heeft als lid van de leescommissie een waardevolle bijdrage geleverd aan de voltooiing van zijn proefschrift.

**A.M. (Anneke) de Laaf**

Anneke de Laaf is ambtelijk secretaris van de examencommissie. Anneke is collega van Jan bij deze commissie van de juridische faculteit van de VU.

**Dr. ir. B. (Bastiaan) van Loenen**

Bastiaan van Loenen is universitair hoofddocent en wetenschappelijk leider van het Kenniscentrum open data, afdeling Urbanism, faculteit Bouwkunde, Technische Universiteit Delft.

**Prof. dr. G.J. (Don) Mellenbergh**

Don Mellenbergh is Emeritus hoogleraar Psychologische Methodenleer aan de Universiteit van Amsterdam. Don is methodologisch medestander van Jan.

**Prof. mr. drs. F.C.M.A. (Lex) Michiels**

Lex Michiels is staatsraad (lid van de Afdeling bestuursrechtspraak). Lex is voormalig collega van Jan aan de VU (van 1992 t/m 1999).

**Prof. dr. J. (Jan) van Mill**

Jan van Mill is emeritus hoogleraar Topologie Universiteit van Amsterdam. Jan is met Jan Struiksma lid van de Commissie Wetenschappelijke Integriteit van VU en VUmc.

**Mr. H.C.W.M. (Eric) Moesker**

Eric Moesker was vele jaren hoofd juridische zaken van de gemeente Delft. De laatste periode van zijn ambtelijke loopbaan was hij de concernjurist van deze gemeente. Hij is vanaf 1992 rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank in Den Bosch (thans Rechtbank Oost-Brabant) en vanaf 2012 lid van het college van beroep en bezwaar van SBK (Stichting Bouwkwiteit). Hij is lid van de Redactieraad van TBR (*Tijdschrift voor Bouwrecht*).

**Prof. mr. S.A.J. (Solke) Munneke**

Solke Munneke is hoogleraar Staatsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Solke is voormalig collega van Jan aan de VU en medeliefhebber van wandelingen in en rond Neutraal-Moresnet.

**Prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof**

Richard Neerhof is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder normalisatie, certificatie en accreditatie aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Hij heeft intensief met Jan samengewerkt in onderwijs en onderzoek.

**Prof. mr. A.G.A. (Tonny) Nijmeijer**

Tonny Nijmeijer is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder omgevingsrecht, aan de Radboud Universiteit. Tevens verbonden aan Hekkelman advocaten in Nijmegen. Hij is voorzitter van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht en lid van het algemeen bestuur van het Instituut voor Bouwrecht.

**Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren**

Frank van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU. Hij is voorzitter van het Cobex van de VU; zijn bijdrage is in zoverre op persoonlijke titel geschreven. Frank en Jan zijn van meet af aan collega's op de VU.

**Mr. dr. ing. Th. (Dick) Peters**

Dick Peters is universitair docent bij het departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van Tilburg University en rechter bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant. Dick en Jan zijn beiden lid van genootschap De Kleine Kaart.

**Mr. dr. L.J.A. (Rens) Pieterse**

Rens Pieterse is als fiscalist verbonden aan de Universiteit Leiden en de Vrije Universiteit Amsterdam.

**Prof. mr. H.D. (Hendrik) Ploeger**

Hendrik Ploeger is universitair hoofddocent afdeling Urbanism, faculteit Bouwkunde, Technische Universiteit Delft en bijzonder hoogleraar privaatrechtelijke aspecten van het onroerend goed, faculteit Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam.

**Prof. mr. H.F.M.W. (Marleen) van Rijswijk**

Marleen van Rijswijk is hoogleraar Europees en nationaal waterrecht aan de Universiteit Utrecht. Zij leidt het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law.

**Mr. dr. A.E. (Mandy) van Rooij**

Mandy van Rooij is wetgevingsjurist bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Mandy is oud-collega van Jan bij de sectie Staats- en bestuursrecht, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam.

**Prof. dr. J.W. (Jan Willem) Sap**

Jan Willem Sap is hoogleraar Europees recht aan de Open Universiteit en universitair hoofddocent Europees recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.



**Prof. mr. A.E. (Jon) Schilder**

Jon Schilder is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Jon is een naaste collega van Jan.

**Prof. dr. R. (Renée) van Schoonhoven**

Renée van Schoonhoven is hoogleraar onderwijsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Renée is collega van Jan bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, afdeling Staats- en Bestuursrecht.

**Prof. mr. B.J. (Ben) Schueler**

Ben Schueler is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het omgevingsrecht, aan de Universiteit Utrecht en staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

**Prof. mr. Y.E. (Ymre) Schuurmans**

Ymre Schuurmans is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Ymre is voormalig promovenda van Jan Struiksmā.

**Prof. mr. J.A.M.A. (Jacques) Sluysmans**

Jacques Sluysmans is bijzonder hoogleraar onteigeningsrecht aan de Radboud Universiteit (Nijmegen) en partner bij Van der Feltz advocaten te Den Haag.

**Drs. F. (Fieke) Smitskamp**

Fieke Smitskamp is secretaris CWI VU-VUmc en senior adviseur College van Bestuur VU. Fieke is collega van Jan in het kader van de Commissie Wetenschappelijke Integriteit VU-VUmc.

**Mr. dr. L.A.J. (Jochem) Spaans**

Jochem Spaans is advocaat te Amsterdam bij Allen & Overy LLP en verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Jochem was student-assistent van Jan. Jan zat in de leescommissie van Jochem's promotieonderzoek naar Milieukwaliteitsnormstelling.

**Prof. mr. T.P. (Thomas) Spijkerboer**

Thomas Spijkerboer is hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

**Prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen**

Gerrit van der Veen is advocaat bij AKD te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij is tevens bestuurslid van de Stichting Instituut voor Bouwrecht waarvan Jan voorzitter is.

**Prof. mr. A.A. (Aart) van Velten**

Aart van Velten was notaris te Amsterdam tot 2004 en bijzonder hoogleraar privaatrechtelijke aspecten van grondgebruikrecht aan de VU tot 2009.

**Prof. dr. H.A. (Herman) Verhoef**

Herman Verhoef is emeritus hoogleraar Bodem ecologie, Faculteit Bèta wetenschappen aan de VU. Herman is Vertrouwensman Wetenschappelijke Integriteit en voorzitter HOVO programmacommissie en tevens lid Cobex.

**Prof. mr. drs. B.P. (Ben) Vermeulen**

Ben Vermeulen is lid van de Raad van State en hoogleraar onderwijsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Ben was collega van Jan Struiksma in de periode 1999-2008.

**Prof. mr. P. (Paul) Vlas**

Paul Vlas is advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking, Vrije Universiteit Amsterdam. Jan was lid van het bestuur van de faculteit rechtsgeleerdheid tijdens het decanaat van Paul.

**Mr. dr. H.J. (Henk) de Vries**

Henk de Vries is pensionado en (parttime) beleidsadviseur provincie Utrecht. Henk heeft Jan in 1990 via het NIROV (Sectie Planologisch Juristen) leren kennen. Daarna hebben zij elkaar nog beter leren kennen via het genootschap De Kleine Kaart.

**Mr. dr. K.M. (Karin) de Vries**

Karin de Vries is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit. Karin was een student en collega van Jan.

**Mr A.G.J. (Arent) van Wassenauer**

Arent van Wassenauer is oud-advocaat, thans eigenaar van The Faithful Goose b.v. Arent heeft met Jan inspirerende cursussen verzorgd.

**Prof. dr. G.A.M. (Guy) Widdershoven**

Guy Widdershoven is hoogleraar Medische Filosofie en Ethiek en afdelingshoofd Meta-medica, Amsterdam UMC, locatie VUmc. Guy is collega van Jan binnen de Commissie Wetenschappelijke Integriteit (CWI) van VU en VUmc.

**Prof. mr. C.J. (Johan) Wolswinkel**

Johan Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, markt & data aan Tilburg University. Johan is voormalig collega van Jan bij de Afdeling staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit.

**R. (Rebecca) Wörner LL.M**

Rebecca Wörner is beleidsmedewerker bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. De bijdrage in deze bundel waaraan zij heeft meegewerkt is op persoonlijke titel geschreven.

**Prof. mr. S.E. (Sjoerd) Zijlstra**

Sjoerd Zijlstra is hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de VU en hoogleraar Wetgeving aan de University of Curaçao; raadsheer plaatsvervanger Centrale Raad van Beroep. Sjoerd is VU-collega van Jan.

# Bibliografie van Jan Struiksma

## 2018

- 'Boekbesprekingen: R.H.W. Frins, Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht, diss.', *RM Themis* 2018, p. 115-117.
- 'Digitaal Stelsel Omgevingswet: iedereen doet mee, maar de gebruiker blijft buiten beeld', *TBR* 2018/100, p. 674-675.
- 'Digitaal Stelsel Omgevingswet: uithuilen en opnieuw beginnen', *WPNR* 2018, nr. 1719, p. 58-64.
- 'Nu eerst een echte praktijkproef', *Provero congresmagazine* 2018, p. 42-44.
- 'Stormwaarschuwing voor het DSO', *Water Governance* 2018, p. 66-67.

## 2017

- 'Canon van het bouwrecht: Wabo. De Wabo als tussenstation', *TBR* 2017/192, p. 1282-1285.
- 'Verordeningbepalingen in het omgevingsplan', *TBR* 2017/21, p. 103-108.
- 'Hoofdstuk 1 Inleiding; par. 2.1 Ruimtelijke ordening op gemeentelijk niveau; par. 2.2 Ruimtelijke ordening van provincie en Rijk', in: A.G. Bregman e.a. (red.), *Bouwen op weg naar de Omgevingswet*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2017, p. 1-27.
- 'Het is beter te geven dan te ontvangen', in: *Lex' luchtig liber: een vriendenboek aangeboden aan prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels ter gelegenheid van zijn afscheid*, Tilburg: Tilburg University 2017, p. 81-83.

## 2016

- 'Omgevingswet: een project van de lange adem?', *TBR* 2016/109, p. 706-707.

## 2015

- *Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2015 (met E. Steyger, M.R. Botman).

## 2014

- 'De wetenschappelijkheid van het Tijdschrift voor Bouwrecht', *TBR* 2014/90, p. 485-490.
- 'Het wetsvoorstel Omgevingswet: de beperkingen van een wetenschappelijke beoordeling', *TBR* 2014/142, p. 806-810.

## 2013

- 'Legal Dogmatics and Academic Education', *Recht en methode in onderzoek en onderwijs* 2013 (3) 2, p. 22-34.
- 'Toon de Gier AGG\*\*\*', in: P.J.J. van Buuren e.a. (red.), *Toonbeelden: gedachten over provinciaal omgevingsrecht ter herinnering aan Toon de Gier*, Deventer: Kluwer 2013, p. 49-56.

## 2012

- 'Bouwstenen van het recht', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce & M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas. opstellen aangeboden aan prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als hoogleraar internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2012, p. 221-228.
- 'De empirische cyclus van geschilbeslechting', in: C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen (red.), *Met recht betrokken. Opstellen aangeboden aan prof. mr. T.J. van der Ploeg*, Deventer: Kluwer 2012, p. 367-376.
- 'Gemeentelijke planologische instrumenten: weinig nieuws onder de zon', in: Ch.W. Backes e.a., *Naar een nieuw omgevingsrecht, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht (nr. 40)*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 73-84.
- *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap*, Zaandam: J. Struiksma 2012.

## 2011

- 'Simpel toch? Een bezinning op het stelsel van het omgevingsrecht', in: *Bezinning op het omgevingsrecht: essays over de toekomst van het omgevingsrecht*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011, p. 174-187.
- 'De verwevenheid van theorie en praktijk', in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.J.J. van Buuren ter gelegenheid van diens afscheid als hoogleraar bestuursrecht in het bijzonder ruimtelijk bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 517-525.
- 'Schaarse rechten en het ruimtelijke beleid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 115-132 (met M.A.M. Dieperink).
- 'Weinig kans voor zorgplichten in bestuursrechtelijke wetgeving', in: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren & J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 63-77 (met A.R. Neerhof).

## 2010

- 'Weinig kans voor zorgplichten', in: M.N. Boeve & R. Uyenburg (red.), *Kansen in het omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 161-171.
- 'Moratorium op omgevingswetgeving dringend gewenst', *TBR* 2010/12, p. 88-91.

## 2008

- 'Het bestemmingsplan vermomd', *NTB* 2008, p. 297-303.
- *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht (vierde druk)*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008.

## 2007

- 'De regeling van bestaand gebruik en bestaande bebouwing in nieuwe bestemmingsplannen', *BR* 2007/3, p. 16-20.
- *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht (derde druk)*, Zaandam 2007.
- 'De Invoeringswet Wro en de Tracéwet', *BR* 2007/110, p. 496-497.

**2006**

- 'Commentaar Wet Bibob', in: E.R. Muller & Th.A. de Roos (red.), *Tekst & Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, Deventer: Kluwer 2006, p. 985-1025 (met A.E. Kleene).
- 'Contractsvrijheid door de Grondexploitatiewet?', *WPNR* 2006, nr. 6689, p. 821-825.

**2005**

- *Het Van Traa-project. Evaluatie van de bestuurlijke aanpak van georganiseerde criminaliteit in Amsterdam*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005 (met W. Huisman, M. Huikeshoven, H. Nelen, H. van de Bunt).
- 'De fundamentele herziening van de Wet op de Ruimtelijke Ordening', *BR* 2005/127, p. 563-567.

**2004**

- 'Afwezigheid van alle handhaving', in: J.M.P. Janssen (red.), *Handhaving van het omgevingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2004, p. 9-16.
- 'Van het een komt het ander', in: J. Struiksma en H.J.M. Besselink, *De fundamentele herziening van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, Preadviezen voor de Vereniging voor bouwrecht* (nr. 32), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 3-40.

**2003**

- *Deregulering met behoud van ellende* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam.
- 'Geen ruimtelijke kwaliteit zonder rechtszekerheid', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 255-268.
- 'Nieuwe bestemmingen voor het agrarisch gebied', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2003, p. 26-27.
- 'Nieuwe ontwikkelingen in het grondstoffenbeleid: deregulering van de Ontgrondingenwet en de WRO', in: M. Oudenes, T. de Ruiter & J. van Amerongen (red.), *Marktwerving bouwgrondstoffen. Hoe de Commissie Tommel de granulaire grondstoffenwereld op zijn kop zet*, Woerden: Meurs Juristen 2003, p. 39-45.
- 'Tristans burcht. Over civielrechtelijke belangen in het publieke bouwrecht', in: J. Struiksma, A.A. van Velten jr., P. Vlas & B.C.M. Waaijer (red.), *Vast en Goed. Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. A.A. van Velten ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag en zijn defungeren als notaris*, Deventer: Kluwer 2003, p. 207-218.

**2002**

- *Bestemd voor kwaliteit. Onderzoek naar juridische beperkingen en mogelijkheden van directe doorwerking van kwaliteitsnormen naar bestemmingsplannen*, Den Haag: Ministerie van VROM 2002 (met L.A.J. Spaans).
- 'De regeling voor vergunningvrije en licht-vergunningplichtige bouwwerken in de Woningwet 2003', *BR* 2002, p. 559-565.
- 'Een riskante bestemming. Over het externe veiligheidsbeleid en de vertaling daarvan in bestemmingsplannen', *BR* 2002, p. 199-209 (met L.A.J. Spaans).

**2001**

- 'Een vergunningstelsel voor fondsenwerving', in: J. Struiksma & W.J.M. van Veen (red.), *Inzamelen voor het goede doel: maatschappelijke en juridische aspecten van een on-derbelicht verschijnsel*, Utrecht: Lemma 2001, p. 165-182.
- 'Slecht levensgedrag en Grondwet. Reactie op de noot onder Gemeentestem 7141, 2', *Gst.* 2001, nr. 7149, 2 (met A-C Köbben).

**2000**

- 'Bibob: voltreffer of afzwaai', *NTB* 2000, p. 265-270.
- *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht (tweede druk)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.

**1999**

- 'Artikel 19 WRO: terugblik en anticipatie', *BR* 1999, p. 627-644.
- T.R. - Woningwet/Wet Ruimtelijke Ordening (losbladige uitgave), Deventer: Kluwer 1999.

**1998**

- 'Coördinatiebegrippen', *BR* 1998, p. 97-102.
- 'Naar een vereenvoudiging van het ruimtelijk bestuursrecht', in: F.C.M.A. Michiels (red.), *Recht op het doel af: opstellen over doelmatigheid en doeltreffendheid van het overheidshandelen in de democratische rechtsstaat*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 175-190.
- 'Artikel 19 WRO heeft zijn langste tijd gehad', *BR* 1998, p. 805-812.

**1997**

- 'De mogelijkheden van een coördinatieregeling in de Algemene wet bestuursrecht', in: M.H.A.F. Lokin & E.B. Pronk (red.), *Wetgever en gecoördineerde besluitvorming*, Preadviezen Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1997, p. 48-67.

**1996**

- 'De bouwvergunning', in: *Bestuurlijk bouwrecht*, Den Haag: VUGA 1996, p. 1-38.
- *Ervaringen met de Awb. Besluiten over ruimtelijke ordening, milieu en standplaatsen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (met P.J.J. van Buuren, F.C.M.A. Michiels, A.R. Neerhof, B.J. Schueler).
- *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

**1994**

- *Gewapend bestuursrecht: een onderzoek naar de mogelijkheid om misdadige activiteiten te bestrijden met behulp van de regelgeving op het gebied van de bouwvergunning, de milieuvergunning en de aanbesteding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (met F.C.M.A. Michiels).

**1993**

- *Verwant zonder verband: de coördinatie van de bouw- en milieuvergunning* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.
- 'Convenanten in de volkshuisvesting: steeds weer anders', in: F.J. van Ommeren & H.J. de Ru (red.), *Convenanten tussen Overheid en maatschappelijke organisaties*, 's-Gravenhage: Sdu 1993, p. 251-268.
- 'Waarom makkelijk als het ook moeilijk kan?', *BR* 1993, p. 97-100.
- 'De coördinatie van de bouw- en milieuvergunning', *BR* 1993, p. 947-954.
- 'Planologie met privaatrecht', *Stedebouw en volkshuisvesting* 1993, vol. 74, afl. 2, p. 37-38.

**1992**

- 'Het limitatief-imperatief stelsel van de bouwvergunning: hoog bejaard, maar nog steeds vitaal', *BR* 1992, p. 293-304.

**1991**

- 'Beleidsregels horen in een bestemmingsplan niet thuis', *BR* 1991, p. 577-586.
- "Industrieterrein 1991." Uithoorn: milieuzonering als afstemmingsinstrument', *Stedebouw en volkshuisvesting* 1991, vol. 72, afl. 3, p. 35-37.

**1982**

- 'Globaal bestemmingsplan - globale "Procedure Hogere Waarde"', *Gst.* 1982, nr. 6733, 2, p. 363 (met J. Gomes).

Jan Struiksma was bovendien vaste annotator bij het jurisprudentietijdschrift *AB Rechtspraak Bestuursrecht*. In die hoedanigheid heeft hij in de periode van 1996 tot en met 2007 meer dan 90 noten geschreven bij omgevingsrechtelijke uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.



# Promoti van Jan Struiksma

Y.E. Schuurmans

*Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*

24 januari 2006

promotoren: J. Struiksma en S.E. Zijlstra

M.A.M. Dieperink (cum laude)

*Verhandelbare ontwikkelingsrechten. Grondbeleidsinstrument voor baatafoming en verevening*

14 januari 2010

promotor: J. Struiksma

A.E.M. van den Berg

*Integriteitsbeoordelingen in advocatuur, notariaat en accountancy. Een juridisch onderzoek naar informatiegebruik bij de bestrijding van integriteitsschendingen in de vastgoedsector*

17 december 2012

promotor: J. Struiksma / co-promotor: S.A.J. Munneke

L.C. Groen

*Het Zelfrealisatierecht. Ruimtelijk instrumentarium in verhouding tot het eigendomsrecht*

4 juni 2014

promotor: J. Struiksma / co-promotor: A.R. Neerhof

K.E. Geertsema

*Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Een juridisch onderzoek naar de intensiteit van de rechterlijke toets in de Nederlandse asielprocedure van 2001-2015*

7 november 2018

promotoren: T.P. Spijkerboer en J. Struiksma